HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第68巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 68(3)
Issue Date	2017-09-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/67209
Type	journal
File Information	lawreview_vol68no3.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 68 巻　第 3 号

論　説

節度ある職権介入の構想
——大正民事訴訟法改正における職権証拠調と当事者訊問——
……水　野　浩　二　1

シンポジウム

立憲政体・人権・違憲審査
——金森徳次郎『帝国憲法要綱』摘記——
……高　見　勝　利　188[1]

中国における「法律による行政」の原理の継受と変容
……王　　貴　松　162[27]
松井　直之（訳）

技術の精神
——日本におけるフランスの法人論の受容について——
……小　島　慎　司　136[53]

研究ノート

いわゆる「自画撮り」行為の刑事規制に関する序論的考察（1）
——児童ポルノの自画撮りを題材として——
……瀧　本　京太朗　118[71]

判例研究

民事判例研究 ……橘　井　雄　太　62[127]

2017（平成29）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
畠山武道（行政法）
林田清明（法社会学）
林貫俊文（経済法）

教授

人見剛（行政法）
○田口正樹（法史学）
伊藤一頼（国際法）＊
藤岡康宏（民法）
○田村善之（知的財産法）
○岩川隆嗣（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）＊
辻康夫（政治学）＊
○郭舜（法制度論）
松澤弘陽（政治思想史）
常本照樹（憲法）
川村力（商法）
松久三四彦（民法）
中川晶比兒（経済法）
櫛橋明香（民法）
松村良之（法社会学）
中川寛子（経済法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
宮本太郎（比較政治経済学）
野田耕志（商法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
山口二郎（行政学）
△長谷川晃（法哲学）
佐藤陽子（刑法）
吉田克己（民法）
林誠司（民法）
田中啓之（行政法）
亘理格（行政法）
藤原正則（民法）
西村裕一（憲法）
○眞壁仁（日本政治思想史）
根本尚徳（民法）
會澤恒（比較法）
町村泰貴（民事訴訟法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
池田清治（民法）
水野浩二（法史学）
馬場香織（比較政治）
岩谷將（政治史）
宮脇淳（行政学）＊
前田亮介（日本政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）
山崎幹根（行政学）＊
三宅新（商法）
遠藤乾（国際政治）＊
山下竜一（行政法）＊
村上裕一（行政学）＊
尾崎一郎（法社会学）
山本哲生（商法）
○山本戸勇一郎（民事訴訟法）
小名木明宏（刑法）
吉田邦彦（民法）
山本周平（民法）

准教授

曽野裕夫（民法）＊
鈴木一人（国際政治経済学）＊
城下裕二（刑法）
嶋拓哉（国際私法）
花形健斗（法実務基礎）
橋場弘之（法実務基礎）
村井壮太郎（民事実務）
池田悠（労働法）

特任教授

岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
権左武志（政治思想史）
○齊藤正彰（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
藏重有紀（刑事実務）
磯部真士（刑事実務）
朝倉靖（民事実務）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）

講師

郭薇（法社会学）

助教

木戸茜（民法）
呉田逸寧（比較法）
津田智成（行政法）
丁文杰（知的財産法）
西村曜子（民法）
堀田尚徳（刑事訴訟法）

雑誌編集委員　○印
＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員
△は理事（副学長）

論説

節度ある職権介入の構想

――大正民事訴訟法改正における職権証拠調と当事者訊問(1)――

水野浩二

目次

1 はじめに
2 起草過程――法律取調委員会・民訴法改正調査委員会
3 立法過程――貴衆両院での審議

4　むすび

1　はじめに

一　大正民事訴訟法改正（大正一五年（一九二六）四月二四日公布、施行は昭和四年（一九二九）一〇月一日）はこれまで、主に手続の迅速化とそのための職権進行の強化によって特徴付けられてきた[2]。筆者は旧稿にて、明治民事訴訟法（明治二四年（一八九一）施行）下の大半の時期を費やして行われた大正改正に向けての起草・立法過程の議論と、同時期の一般の実務法曹たちのスタンスを検討してきた。その際の筆者の問題意識は、争点整理のために訴訟関係を明瞭にし、その争点についてなるべく真実に近い事実認定を行うべく、職権が口頭審理において適切に介入できるようにすること、それが大正改正の一つの柱にされていたのではないかというものである。

当時のわが法曹においても、主にドイツから継受された民事訴訟手続が当事者主義（当時は「不干渉主義」などと呼ばれた）を基調として構築されていることは、十分認識されていた[3]。しかし実務では、訴訟関係の明瞭な認識や事実認定をめぐって深刻な問題が発生していた。実務法曹のあいだでは、訴訟関係の認識（釈明権の行使）ならびに事実認定（証拠調）に際して、職権が積極的に介入することが広く期待されており、強度の介入を望む声も決して少なくなかったのである[4]。

それでは、大正改正に向けての起草・立法過程に関与した委員・議員たちにおいては、職権介入のあるべき程度はどのように考えられていたのだろうか。訴訟関係の明瞭な認識については、釈明権行使の具体的な程度が詰めて検討され

ることはなく、漠然としたイメージにとどまっていたことをすでに示した[5]。本稿では、事実認定における介入の程度が起草・立法過程の議論でどのように想定されていたのかを検討することにしたい。

二　事実認定における職権介入に関連する大正改正の条項としては、証拠法の総則に新設された職権証拠調の一般規定（二六一条）が言及されるのが通例である。口頭審理における職権の介入に注目する本稿ではそれに加え、当事者訊問の強化（三三六条）をとりあげる。

二六一条　裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得

三三六条　裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得

職権証拠調や当事者訊問は、「改正の要点」ではなく「その他」として位置づけられており[6]、とくに起草過程における議論の質や量はかならずしも高水準とはいえない。しかし、職権証拠調・当事者訊問についての起草・立法過程の議論では、〈当事者か職権か〉という論点がしばしば登場しており、大正改正で事実認定における職権介入がどの程度として構想されていたのか考えるうえで、有益な情報を提供する。

この二つの法文に基づく職権介入の程度について、先行研究はどのような像を描いてきただろうか。

(1)　職権証拠調の一般規定（二六一条）

染野義信氏は、ドイツ法にもオーストリア法にもない古今に例のない規定であり、「当事者の権限を制限するという

方向の勇み足として評価することができるであろう」と強く批判した。「「戦後削除されるまで」法律の規定として存在していても、実際に適用されたことが殆どなく、また民事訴訟法の下で適用される筈がない性質のものである」[7]。染野氏の立論は、「近代市民社会に適合的な」民事訴訟法の成立・定着いかんという視点からなされたものであるが、戦後アメリカの影響で当事者主義化を図った昭和二三年改正で二六一条が削除されたこともあり、今日にいたるまで広く受け入れられているといってよい[8]。

(2)　当事者訊問（三三六～三四二条）

三三六条は「裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」に当事者訊問を許す。当事者から申出のあった証拠を調べても、裁判所が係争事実の存否について心証を得ることができないときに限って、当事者訊問を行うことができるというこの「補充性の原則」をどう解釈すべきか、民訴法学では激しく議論されてきた[9]。染野氏は衆院の審議で補充性を維持するかたちに法案が修正された（法案にあった「其ノ他必要アリト認ムルトキ」が削除された）ことに着眼し、当事者の利益を守る・職権主義的傾向をある程度緩和する実質的な修正がなされた、と積極的に評価した[10]。この立法の経緯や条文の文理にもとづいて、補充性を厳格に解釈する学説が長年のあいだ有力に唱えられた。

他方中野貞一郎氏は、補充性を維持する修正を主張した側も、当事者訊問後に他の証拠調を行うことを排除せず緩やかな運用を期待していたこと、補充性により当事者訊問が制限されるとしても、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」に幅広い職権証拠調を許す二六一条の存在によってカバーされると解釈されえたと論じ、補充性に否定的な立場をとった[11]。そして平成民訴法改正（平成一〇年（一九九八）施行）において、補充性の要件は廃止されることとなる（二〇七条一項。但し二項を参照）[12]。

(3)　以上先行研究では、職権証拠調の一般規定の導入は強度の職権主義化として批判され、当事者訊問の補充性が維持されたことに多くの論者が長い間重要な意義を認めてきた、といえる。こうした評価は、あるべき職権介入の程度についての起草・立法過程メンバーたちの認識を正確に読みとったものなのだろうか。本稿では、起草過程＝法律取調委員会（明治四四～大正四年（一九一一～一五））・民事訴訟法改正調査委員会（大正八～一四年（一九一九～二五））、そして立法過程＝貴衆両院での審議（大正一五年（一九二六））の速記録を史料として、大正改正で事実認定における職権介入の程度がどのようなものとして考えられていたのか、検討をおこなうことにする。(13)

明治民訴法は施行後まもなく様々な問題が指摘され、早くも明治二八年（一八九五）から改正に向けた動きが見られ、法典調査会が明治三六年（一九〇三）に草案（いわゆる旧法典調査会案）を完成させた。本稿ではここから検討をスタートさせる。(14)それ以降の大正改正にいたる経緯については、以下の略年表ならびに旧稿の叙述を参照されたい。(15)

2　起草過程――法律取調委員会・民訴法改正調査委員会

一　法律取調委員会まで

明治民訴法

一一四条　裁判所ハ事件ノ関係ヲ明瞭ナラシムル為メ原告若クハ被告ノ自身出頭ヲ命スルコトヲ得

一一五条　①裁判所ハ原告若クハ被告ノ援用シタル証書ニシテ其手中ニ存スルモノヲ提出ス可キヲ命スルコトヲ得

②裁判所ハ外国語ヲ以テ作リタル証書ニ付テハ其訳書ヲ添附ス可キヲ命スルコトヲ得

一一六条　裁判所ハ当事者ノ所持スル訴訟記録ニシテ事件ノ弁論及ヒ裁判ニ関スルモノヲ提出ス可キヲ命スルコトヲ得

一一七条　①裁判所ハ検証及ヒ鑑定ヲ命スルコトヲ得

②此手続ハ申立ニ因リ命スル検証及ヒ鑑定ニ付テノ規定ニ従フ

三六〇条　当事者ノ提出シタル許ス可キ証拠ヲ調ヘタル結果ニ因リ証ス可キ事実ノ真否ニ付キ裁判所カ心証ヲ得ルニ足ラサルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得

［1］民事訴訟法改正案（旧法典調査会案）（明治二六年）・・・法律取調委員会の審議対象

一三七条　裁判所ハ訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為メ左ノ事項ヲ命スルコトヲ得

一　当事者本人ノ出頭

二　当事者カ保持スル書面ニシテ準備書面又ハ口頭弁論ニ於テ引用シタルモノヲ提出スヘキコト

三　当事者ノ提出シタル書面ヲ一定ノ期間裁判所書記課ニ留置クヘキコト

四　外国語ヲ以テ作リタル書面ノ訳書ヲ提出スヘキコト

五　当事者ノ所持スル訴訟記録ニシテ事件ノ弁論及ヒ裁判ニ関スルモノヲ提出スヘキコト

六　検証及ヒ鑑定

明治三六年（一九〇三）法典調査会による草案（旧法典調査会案）

↓裁判所・検事局・弁護士会・商業会議所からの意見聴取（明三六・七、明四四・五の二回）

明治四四年（一九一一）法律取調委員会による民訴法改正審議の開始

・起草委員会（明四四（一九一一）・五・五～大三（一九一四）・六・二二まで一〇九回）

・主査委員会（大三・一一・一八～大四・二一・一七まで一〇回）

・総会（大四・六～大四・七）で中絶

・起案会（大四・三・一二～大八・六・二三まで二〇二回）

(1)　職権証拠調

(イ)　旧法典調査会案では、一般的な職権証拠調の規定は存在しない。しかし同案に対する第二回（明治四四年（一九一一））の意見聴取[16]では、裁判所に一般的に職権証拠調を認めるべきという見解が見られる。

（証拠調ノ総則について）「裁判所は職権を以て総ての証拠調を為し得る旨の規定を設くること」（長野地裁・同検事局、宮地区裁・同検事局、小松区裁、大聖寺区裁）

当事者の申立に基づく証拠調で十分な心証が得られないとき、という補充性を主張する意見や、本人訴訟に限り導入するという意見、さらに釈明処分の関連での指摘も見られる。

（明治民訴法二七四条について）「…当事者の申立に基く証拠調に因り心証を得るに足らざるときは、裁判所は職権を以て総ての証拠調を為すことを得」（長崎控訴院、土浦区裁・同検事局、小樽商業会議所）

（証拠調ノ総則について）「裁判所は弁護士を訴訟代理人とせざる訴訟当事者の為め、幾分職権を以て証拠調を為すことを得るの規定を設くること」（那覇地裁・同区裁、奈良地裁・同管内各区裁）

（明治民訴法一一七条について）「本条を左の如く改むること　『裁判所ハ証人訊問検証鑑定其他一切ノ証拠調ヲ命スルコトヲ得』」（山形地裁）

すでに明治四四年（一九一一）五月二四日の第二回起草委員会決議は、「八　職権主義および書面審理主義の範囲を多少拡張すること」という方針を挙げている[17]。具体的には、案三条（事物管轄を決するための職権による検証・鑑定）の議論の際に、一切の証拠調につき職権主義をとってはどうかというアイデアが提議され[18]、鈴木喜三郎（刑事局長兼大審院検事。のち検事総長・法相・内相）の「職権を以て証拠調を命ずる必要ある場合は検証、鑑定に限らず。他にも必要ある証拠調あり。故に証拠調の総則中に、職権調査事項に付ては職権を以て証拠調を命ずることを得る旨の規定を設くるを可とす」という見解で確認されるに至った[19]。その後対象が要証事実一般に広げられ、主査委員会で検討されるべ

き問題の一つとして、(13)「証拠調に職権主義を加味すべきや」が取り上げられることになったのである。[20]

これが審議されたのは、第五回主査委員会（大正三年（一九一四）一二月二日）であった。[21] 起案サイドとして説明をおこなった松岡義正（東京控訴院部長）は、元来民事訴訟では形式的真実発見であったが実体的真実発見を目的とすべきとしたうえで、職権主義の程度について以下のように述べている。

「其職権主義の程度は、現行法に依る実例に付て云えば、私は当事者の援用したる証拠に非ざれば判断の資料と為すこと能わずと思う。尤も大審院にては、引用せざるものと雖（いえど）も裁判上に現われたる証拠は、反対当事者の利益に供することが出来ると云う意見なるも、現行法の解釈上疑問なり。此の如き場合に、当然裁判所が自由判断の資料と為すことも、職権主義の一なり。本案は更に進みて、職権を以て証拠調を命ずることを得と為し、其れを自由判断の資料と為す趣意なり」

松岡は前半でいわゆる証拠共通の原則を職権主義として正当化した上で、[22] 後半では職権証拠調の導入を主張している。

他方、松岡とともに起草過程のツートップを形成し、起案サイドとしての発言を全期間にわたり行うことになる山内確三郎（司法省参事官）は、この時点では松岡とはやや異なるスタンスをとっていた。山内は職権主義の加味といっても刑事訴訟のような絶対的な職権主義ではなく、適当な程度に止める趣旨だとしたうえで、

「[当事者の援用しない証拠を判断資料とすること（証拠共通の原則）も含む、という他の委員の発言に]然り。当事者の準備せざるものも職権を以て取調出来ると云うことは困ると思う。故に準備したる証拠に限らざるべからず」

松岡と異なり山内は、当事者の申立てなく職権で証拠調をおこなうまでの介入強化には、この時点では明確に反対していたのである。他にも若干の問題提起はなされたものの特に深められることはなく、原案可決として「証拠調に職権主義を加味せしむること」と決議されている。

(ロ)　なお、釈明処分が職権証拠調との関連で認識されていたことが注目される。起草委員会で案一三七条（釈明処分）がとりあげられた際には、委員の間に釈明と証拠調の実質的機能を重ね合わせて理解する者と、両者をあくまで分けて考える者がみられた[23]。ドイツでは、釈明処分についての民訴法典（ＣＰＯ・一八七九年）一三二～一三五条は職権証拠調を認めた規定と通説ではとらえられており、それを引きうつした明治民訴法の規定（一一四～一一七条）のうち後の三条についても、多くの学説は職権証拠調を許すものと考えていたとされる[24]。釈明処分と職権証拠調はこの後の起草・立法過程を通じて、一貫してリンクされて議論されることになる。

(2)　当事者訊問

旧法典調査会案には、明治民訴法（三六〇条以下）には存在した当事者訊問の規定が欠けていた[25]。同案についての意見聴取では、当事者訊問の規定の復活を求める意見とならんで、補充性要件の廃止や宣誓・偽証への制裁を設けよと、明治民訴法より強化を求める主張がなされている[26]。

「裁判所は申立に依り、又は職権を以て何時にても当事者本人の訊問を為し得る旨の規定を設くること」（東京弁護士会）

「本節［当事者本人ノ訊問］の規定を維持し、当事者をして先ず宣誓を為さしめずして訊問したる後、裁判所に於て事実の真相を知り難しと認めたるときは、宣誓を為さしめて訊問し、此場合に於ては偽証の制裁を以て戒告する旨の規定を設くること」（京都商業会議所）

その後法律取調委員会においては、山内確三郎が証拠調における職権主義の加味の程度についての発言（上記(1)で紹介）のなかで、「…現行法にては本人訊問[27]は、総ての証拠調を終りたる後に非ざれば出来ざることになり居るも、之を必要と認めたるときは最初より訊問出来ると云う位の程度に、職権主義を加味するものと思い居たり」と、補充性要件

の緩和に言及するにとどまっている。

二　民訴法改正調査委員会

［479］民事訴訟法改正案（第一案・議案）[28]・・・民訴法改正調査委員会の審議対象

一二二条　①裁判所ハ訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為メ左ノ事項ヲ命スルコトヲ得

一　当事者本人又ハ其法定代理人ノ出頭

二　訴訟書類又ハ訴訟ニ於テ引用シタル書面其他ノ物件ニシテ当事者ノ所持スルモノヲ提出スヘキコト

三　当事者ノ提出シタル書面其他ノ物件ヲ裁判所ニ留置クヘキコト

四　検証及ヒ鑑定

②　前項ノ規定ニ依ル検証及ヒ鑑定ニ付テハ証拠調ニ関スル規定ヲ準用ス

二二六条　裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得

二八九条　裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ当事者ヲ訊問スルコトヲ得此場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得

二九一条　①宣誓シタル当事者カ虚偽ノ陳述ヲ為シタルトキハ決定ヲ以テ五百円以下ノ過料ニ処ス此決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得（二項省略）

大正八年（一九一九）～　民事訴訟法改正調査委員会

・起案会（一四回）

・起草委員会（四四回）

・委員総会（第一次）（大一〇（一九二一）・一二・一五～大一二（一九二三）・五・一まで四四回）

・委員総会（第二次）（大一四（一九二五）・四・二三～一二・一七まで一五回）

(1)　職権証拠調

(イ)　この段階になってはじめて、職権証拠調の一般規定が案二二六条として登場する。しかし同条について松岡義正(大審院部長)は、「本案には必要ありと認めたるときは、職権を以て証拠調をするような規定を置いたのであります」とごくあっさり説明し、特に質疑は行われていない(29)。

他方山内確三郎(司法次官)はこの時期、当事者主義を基本とした上で真実探求のための職権介入を強化すべきと唱えていた。大正一〇年一一月一五日付「現行民事訴訟法と職権主義(30)」において、

「予が裁判官として訴訟の審理をした経験に徴するときは、当事者が争うべきを争わず、立証すべきを立証せず、或は立証責任を弁えずして、其権利の伸張防御に欠陥あるが為め、当然勝訴すべくして敗訴の結果を来し、而かも裁判所は所謂不干渉主義なるが故に、斯(かか)る場合に於ても尚且(なおかつ)職権を以て証拠調を為すを得ず、証拠の提出を当事者に命ずるの権能なきが為め、全く事実の真相を尽さずして不愉快なる判決を為すことが数次あったのである」

と現状を批判し、民事訴訟の裁判官は出来得る限り事実の真相を捉えて当事者の私権を擁護する必要があるから、従来の不干渉主義を幾分緩和して、ある程度までの干渉主義を加味すべしという。

「如何なる程度に於て干渉主義を加味すべきやは、慎重の考慮を要することであるが、先ず改革の第一着手としては、証拠調に職権主義を加味することである。之れは当事者本人間の訴訟に於て特に必要を感じ、弁護士間の訴訟に於ても、立証責任を弁えざる結果其の主張事実を明(あきらか)にするの時機を逸し、予期せざる不利益の結果を来すものも尠(すくな)からざる現状である」

から、釈明権行使によって当事者に立証を促すことができるようにすべきである。それにとどまらず、

「事実の真相を明にするに就ては、独り当事者に立証を促すに止まらず、証拠に依り事実の真相を明にするを得ずと認

めたる場合に於て、裁判所は職権を以て証拠調を為すことを得るの規定を設くるの必要がある」と強調した。争いある事実について裁判所が心証を得ない場合に、心証を得るために職権で証拠調をすることは、必ずしも不干渉主義と抵触するものではない。山内は不干渉主義への職権主義の加味、すなわち釈明権強化による立証の促し[31]と補充的な職権証拠調導入によって、真実に基づく訴訟を実現することを「喫緊の急務」として強く主張したのである。法律取調委員会における発言と比べ、明らかにスタンスの転換が見て取れる。

(ロ)　各則的規定として、起草過程末期になって釈明の一環として案一二二条ノ二「裁判所ハ訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為メ必要ナル調査ヲ官庁又ハ公署ニ嘱託スルコトヲ得」が追加されている。本条は、官庁や法人への鑑定の嘱託を可能にするという提案に基づくものであり[32]、鑑定の説明の際にも、本条を置いた結果証拠調としての規定は必要ないと説明された。しかし本条が訴訟関係を明瞭にするにとどまらず証拠をもたらすものでもあるのか議論があり、結局証拠調にも規定をおくこととなった[33]。

(ハ)　起草過程の総決算として刊行された『民事訴訟法中改正法律案理由書』[34]（同じ内容の文書が議会審議に際して配布された）では、「「証拠法の総則において」広く一般の証拠調に付職権主義を加味し…たることは、現行法改正の主要なる点なり」とはされるものの、案二六一条[35]についてはやはり「…其の趣旨判断の適正を期せんとするに在りて、民事訴訟の取調に付職権主義を加味したる場合の一に属す」と述べられるにとどまる。

(2)　当事者訊問

復活させられた当事者訊問の案文（案二八九条以下）について、松岡義正は明治民訴法に対する大きな修正として、当事者宣誓の導入と職権のみによって行うようにしたことを挙げている。明治民訴法では申立又は職権によってとなっ

ているが、「種々の弊害を避ける為めに」申立でなく職権をもってすることにした[36]。それゆえに「其他必要アリト認ムルトキ」にすることになっており、案二二六条の職権証拠調と平仄を合わせたと説明される。続く質疑では、宣誓は必要的なものではないとする起案サイドの説明に対して、宣誓を義務づけるべきという主張がみられた[37]。

(イ) 起草過程の終盤になって、「証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」の要件と「其他必要アリト認ムルトキ」要件との関係、すなわち当事者訊問の補充性いかんについて議論が展開された[38]。

岩崎幸治郎・熊谷直太（いずれも東京控訴院判事を経て衆院議員（政友会））は、案二八九条は「裁判所カ必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ当事者ヲ訊問スルコトヲ得」と修正し、「証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」を削除すべきとした。なぜならば、「現行法と違って此改正法案に於きましては、必要ありと認めた場合は何時でも職権を以て当事者を訊問することが出来ることになって居りますから」（岩崎）。必要な場合の職権証拠調を、案二二六条が一般的に認めていることを念頭に置いた主張であった。

それに対して起案サイドの松岡義正・山内確三郎は、「裁判所が勝手に何時でも必要と認めたら出来ると始めから定めて置くと云うようになると、本人訊問の趣旨が貫かないようになる。本人訊問の性質は最終の手段であると云うことを現わす意味に於て、前段の規定を残して置くことは頗（すこぶ）る意味があるだろうと考えて居る」と述べ、当事者本人の訊問を最終の手段とする明治民訴法の趣旨を踏襲したとする。

その直後に速記が中止されてしまっているため、どういうやり取りが展開されたのかは推測するしかない。右に紹介した議論だけ見れば、岩崎らが補充性を廃止する職権介入のかなりの強化を企図していたのに対し、起案サイドは補充性を強く支持していたようにも解釈できる。しかし、実際には両者の想定するイメージは近接していたと考えたい。岩崎は修正意見の前提として、こう述べていた。

「私共の経験に依ると、証拠調に依りて心証を得ることの出来ない場合に当事者訊問が出来るとなると、何となく一の刺戟を与えるようになる、事件の進行がそれから又新しくなって行くような形があります」

岩崎は最初からいきなり当事者訊問を行うことは想定していなかった。当事者申請の証拠をそれなりには調べたが十分な心証が得られない場合に、「必要アリト認ムルトキ」として当事者訊問を柔軟に行えるようにし、そこから判明した事柄を前提に残りの証拠調を行ったほうが、事実認定をより適切なものにできると考えていたのではないか。松岡・山内が、当事者訊問は最後の手段であると強調しつつ、「必要アリト認ムルトキ」にも訊問を認める案文を起案したのも、同様の趣旨に基づいていたのではないだろうか。このことはのちの立法過程の審議において、明瞭にされることになる。

以上要するに起草過程のメンバーたちには、当事者の申請に基づき証拠調を行うことを基本としつつも、補充性の厳格な適用が不適切な帰結を招かないように、柔軟に当事者訊問を行えるよう法文上の根拠を整備する必要がある[39]、という緩やかなコンセンサスがあったと思われる。実際、速記の再開後に小山温（元司法次官）が、案二八九条は証拠調であり、それで足りない時に本人の訊問となると解すると述べたのを受けて、岩崎は「意味が同じだと云うならば私の意見は撤回しても宜しい」としめくくったのである。

(ロ)　起案サイドが「必要アリト認ムルトキ」によって強度の職権介入を志向していたとはいいがたいことは、起草過程の終了を受けて作成された文書群にも明らかである。

『改正法律案理由書』は「必要アリト認ムルトキ」に拡大したことには特に触れず、当事者に宣誓をさせることにし虚偽の陳述に対しては過料を規定したことのみを、改正の要点として指摘する[40]。法相その他による公の趣旨説明の基礎となったと思われる「民事訴訟法改正要目[41]」においても、「其ノ他注意スヘキ改正事項」の一つとして「当事者宣誓ノ制度ヲ認メタルコト」（傍点水野）が案三三六条[42]によるものとして挙げられるに留まっている。

従って、起案サイドにおいて本条の重点は、宣誓・過料の新設によって真実追求を強めることにあった。しかしこの点については例外的な場合に関する若干の疑問が提起されただけ[43]で、議論が盛り上がることはなかった。

(ハ) 原嘉道（弁護士。のち法相、枢密院議長）は、訴訟関係を明瞭にする釈明処分たる当事者本人の出頭（案一二二条一条一号）と当事者訊問の関係について、両者はあくまで別と考える松岡義正・山内確三郎に対し反論している[44]。当事者を呼んで調べてみようというのは、訴訟関係を明瞭にするとはいっても、「実際に於ては、代理人の言うことでは何だか何を言って居るか分らぬと云うのでなくして、寧ろ事実の真相に適するや否やを、本人又は法定代理人に直接訊問する為めであろう。其本人訊問と余り区別はない。理屈の上で区別するならばどうか知らぬが、余り区別はないことではないか」。当事者訊問の案二八九条がいつでも訊問できるとしていることからしても、形式(釈明処分と証拠調)は違っても実際は同じことになるような感じだ、と問いただしている。ここでもやはり、釈明処分と職権が介入して行われる証拠調の機能が大幅に重なりあうという認識が見られる。

以上起草過程においては、職権証拠調・当事者訊問とも議論はそれほど活発とはいえず、論点が深まったとも言いがたい。それに比して、立法過程においてはそれなりの議論が交わされることになる。

3　立法過程——貴衆両院での審議[45]

[500] 民事訴訟法中改正法律案（議会提出・第五案）・・・帝国議会の審議対象

一二七条① 裁判長ハ訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為事実上及法律上ノ事項ニ関シ当事者ニ対シテ問ヲ発シ又ハ立証ヲ促スコト

ヲ得

② 陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ前項ニ規定スル処置ヲ為スコトヲ得

③ 当事者ハ裁判長ニ対シ必要ナル発問ヲ求ムルコトヲ得

一三一条 ①裁判所ハ訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為左ノ処分ヲ為スコトヲ得

一 当事者本人又ハ其ノ法定代理人ノ出頭ヲ命スルコト

二 訴訟書類又ハ訴訟ニ於テ引用シタル書面其ノ他ノ物件ニシテ当事者ノ所持スルモノヲ提出セシムルコト

三 当事者又ハ第三者ノ提出シタル文書其ノ他ノ物件ヲ裁判所ニ留置クコト

四 検証ヲ為シ又ハ鑑定ヲ命スルコト

五 必要ナル調査ヲ嘱託スルコト

② 前項ニ規定スル検証、鑑定及調査ノ嘱託ニ付テハ証拠調ニ関スル規定ヲ準用ス

二六一条 裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得

二六二条 裁判所ハ必要ナル調査ヲ官庁若ハ公署、外国ノ官庁若ハ公署又ハ法人ニ嘱託スルコトヲ得

↓衆議院による修正（[666] [667] 大一五・三・一九、二〇）

裁判所ハ必要ナル調査ヲ官庁若ハ公署、外国ノ官庁若ハ公署又ハ学校、商業会議所、取引所其ノ他ノ団体ニ嘱託スルコトヲ得

三一〇条 ①裁判所必要アリト認ムルトキハ官庁若ハ公署、外国ノ官庁若ハ公署又ハ相当ノ設備アル法人ニ鑑定ヲ嘱託スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ宣誓ニ関スル規定ヲ除クノ外本款ノ規定ヲ準用ス

三三六条 裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得

↓貴族院による修正（[652] 大一五・三・三）

裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得

↓衆議院による修正（［668］大一五・三・二二）
裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得
三三九条　①宣誓シタル当事者カ虚偽ノ陳述ヲ為シタルトキハ裁判所決定ヲ以テ千円以下ノ過料ニ処ス此ノ決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得（二項省略）
↓貴族院による修正（［652］大一五・三・三）
①宣誓シタル当事者カ虚偽ノ陳述ヲ為シタルトキハ裁判所決定ヲ以テ五百円以下ノ過料ニ処ス此ノ決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得

大正一五年（一九二六）
二月一二日　帝国議会に法案提出
二月二〇日～三月三日　貴族院で特別委員会小委員会設置、審議
三月五日　貴族院で可決
三月一〇日～三月二二日　衆議院で特別委員会設置、審議（一九・二〇日　小委員会）
三月二三日　衆議院で可決
三月二四日　貴族院で衆議院の修正を可決
四月二四日　公布（↓施行・昭和四年（一九二九）一〇月一日）

一　法案への法曹界の反応

帝国議会の審議で取り上げられたものとして、今村恭太郎（東京地裁所長）「民事訴訟法改正ト訴訟ノ促進」[46]、帝国弁護士会「民事訴訟法改正案修正意見」（大一五・二）[47]、帝国弁護士会の意見（大一五・三・二〇）[48]、日本弁護士協会・東

京弁護士会の修正意見（大一五・二）[49]を挙げることができる。

今村意見書は法案に厳しい批判を行ったことで知られるが、「職権主義の拡張」については他の項目と列挙させて「適切貴重なる改正たるを疑わず」と触れるに留まる。

帝国弁護士会は職権証拠調につき、案二六一条の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除を主張した。これでは職権調査の範囲が広すぎ、当事者処分主義を原則とする民事訴訟の原則に反するとした上で、釈明に関する案一二七条・一三一条の規定があり、これ以上職権調査の範囲を増大する必要はないとしている点が注目される。当事者訊問については、当事者の申立による実施の追加を主張したほか[50]、宣誓・過料を設けたのは不当としその削除を求めた[51]。これらの点は貴衆両院での審議で取り上げられることになる[52]。

二　貴族院での審議

貴族院では実質的な審議は特別委員会小委員会（大正一五年（一九二六）二月二〇日設置）で行われた。専門的知識を持つ者として選出された河村譲三郎委員長（元司法次官）、水上長次郎（元大阪控訴院長）、渡辺暢（元朝鮮高等法院長）、志水小一郎（元陸軍省法務局長）、渡辺修二（男爵、元検事）、佐竹三吾（元鉄道官僚、法制局長官）の六人が議論を行った。

(1)　職権証拠調

案二六一条の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」という要件が、広範に過ぎるという指摘が複数の委員から出ている[53]。前段の「当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」が事実上無用になってしまい、「裁判所は必要ありと認める場合はいつでも職権証拠調ができる」と書いても同様の意味になる。即ち全然職権主義になり、当事者

主義という精神は失われてしまうのではないか。これらは、上述した弁護士会からの批判を念頭に置いたものであった。

それに対して池田寅二郎政府委員（民事局長。のち大審院長）は、「当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」を冒頭に置き、その後で「其ノ他必要アリト認ムルトキ」と書いたことには、相当意味をこめているつもりであるとして、以下のように説明した。

「即ち此職権の調べと云うことは、当事者の申出の証拠と云うものの補充的の意味で、…現行法に依りますれば、検証と鑑定だけは矢張りいけることになって居ります。必しも其証拠方法に制限を付けると云うことは必要ではあるまい…と云うことで、此規定に証拠方法の種類を限定しないで、茲（ここ）に書いたに止まる…どこ迄も当事者訴訟主義を眼中に置きまして、而して其補充をすると云う位の意味が茲に籠って居るものである。唯愈々（いよいよ）仕舞まで行って、そうして心証を得ること能わざるとき、と云うことのみに限ると云うことは狭きに失するのであるから、『其ノ他必要アルトキ』と云うことが茲に加わって居ります。当事者の申出でたるとき云々と云うことを冒頭に掲げて、そうして規定を致しましたのは、茲で以て極めて補充的の意味であると云うことを現わすの趣旨と、御了解を請います」

「[「必要ありと認める場合はいつでも職権証拠調ができる」とだけ書くのでは」如何にも当事者の申出と云うことを土台に置かないで、其有無に拘らず、初めより裁判所が徹底的に職権を以て証拠調べをすると云うようなことが、幾分か見えるようになりはしないかと云うことを恐れますので、先ず此職権主義を加味すると云う程度のものに現わしまするには、此方が妥当ではないかと実は思います」[54]

起案サイドにとって、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」は強度の職権介入を認める趣旨ではない。補充性の要件を文字通りに適用するのが不適切な場合の回避策を明文化するにとどまる、節度あるものであった。批判者たちは、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」要件が強度の職権介入に道をひらくのではと危惧しているものの、補充的に職権証拠調が行

われることまで否定する発言はみられない。起案サイドと小委員会メンバーの間には――法案の各所で強度の職権介入の実現を唱えていた水上長次郎[55]一人を除いて――、職権介入の程度について大きなイメージの相違はなかったといえよう。

そもそも案二六一条は証拠法の総則に位置づけられており、実際の局面ではより具体的な条項の適用が予定されていた。批判派（佐竹三吾）からは、案一二七条一項・一三一条・二六二条のような調査の方法があるので、それ以上さらに職権証拠調の範囲を拡張する必要はないと主張されている[56]。強度の職権介入を主張する水上長次郎も、現行の当事者訊問や釈明権の規定の趣旨と精神を裁判官が十分に理解し、できるだけ拡張してゆこうという考えがあれば、現状はかなり改善されうると述べて、法改正よりも裁判官の意識改革が重要だとしているのである[57]。

(2)　当事者訊問

当事者訊問の案文が明治民訴法にない宣誓・過料の規定を新設したことについて、反対の立場からの批判がなされた[58]。渡辺修二は、宣誓した当事者が虚偽の陳述をしても刑法の偽証罪（一六九条）にいう「証人」には当たらないという池田政府委員の説明に対し、以下のように懸念を表明する。

「裁判所が矢張り本人を訊問して、其調査なり訊問に依て得たものを矢張り証拠に供するだろうと思います。そうすると矢張り本人であると共に、一面証人であるような風に解することが出来るかとも思います。…所謂当事者処分主義じゃなくて、其無理に証拠を作らせると云うような傾向がありはしないか。［刑法上の制裁がないとしても］三百三十九条の千円以下の過料に処する、是は相当大いなる制裁でありますから、当事者処分主義に反して、丸で裁判所が刑事事件の証拠でも蒐集するような虞（おそれ）がありはしないか[59]」

池田政府委員は渡辺の質問の前半、当事者本人も事実上証人と同視され偽証罪の対象になるのではという懸念については、いかに宣誓をしたとしても当事者本人である以上、偽証罪とすることは「穏かではあるまい」と完全に否定する。それにつづけて、

「そこで此当事者本人訊問と云うことが、所謂当事者主義に反して裁判所が余りに立入り過ぎると云うことの憂(うれい)がないか、と云う御心配の御質問でありますが、是は…当事者主義に本則を改める外はないのでありまして、此足らざるを補充すると云う意味に於て、職権主義を加味しましたのでございます。勿論法の趣旨は確実ではありますが、運用に当りましては、是は十分其趣旨に従って之を実際に活用いたしますように、十分之は注意を要する点とは考えて居ります」

と、本則たる当事者主義の足らざる部分を補充するにとどまることを強調した。さらにつづけて、虚偽の陳述に制裁を科することは酷に過ぎるという質問に対しては、

「…証拠調べの都合に依って此心証を得ることが出来ない場合、止むを得ざる場合の規定でありまして、事茲(ここ)に至りますれば矢張り此本人の陳述と云うものを、是を一つの資料とする外はない。而して此本人と雖も、苟(いやし)くも此裁判所に於きまして、或る主張をすると云う以上は、結局の所に於て相当何もあるだろうし、相当の責任を執って居ると云う場合のあることは、是は然かるべきことではなかろうか」

政府委員の見解は、ここでも節度あるものであった。当事者主義に基づいて、職権による訊問はあくまで最後の手段とした上で、当事者にも真実に基づく裁判の実現のために一定の責任を課するという考え方であった。

案三三六条の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」すなわち補充性の論点については、趣旨説明（もっぱら宣誓の導入を強調した）を含め全くといっていいほど触れられていない(60)。貴院では結局、案三三六条に「申立ニ因リ又ハ」を追加し、案三三九条の過料を千円から五百円に半減する修正が行われたが(61)、これらの修正は根幹に触れるものではなかった。

三　衆議院での審議

貴族院で大正一五年（一九二六）三月五日に可決された民事訴訟法案は、一〇日より衆議院での審議を受けることとなり、議長が指名した二七名の議員（全員が弁護士であった）からなる特別委員会で実質的な質疑が展開された。最終的には委員のうち指名された一〇名による小委員会が一九・二〇日の二日間で修正案をまとめ、それが衆院による法案の修正として取りこまれることになる。

(1)　職権証拠調

証拠調における職権主義加味の意義と範囲について、批判的立場から質問をしたのは広瀬徳蔵（憲政会）であった[62]。案文には当事者提出の証拠によって心証を得ないとき、その他必要と認めるときとあるが、当事者がごく少ししか証拠を出さない、あるいは何ら証拠を立証しなくても、職権によって証拠調ができるというようにも見える。民事訴訟の証拠に関する主義を刑事訴訟と同じにして、「刑事訴訟法に於て総ての証拠は検事若くは裁判所に於て得るのであるが」、裁判所が絶対の真実に達すべき事実を得ることを目指しているのか。

長島毅政府委員（司法書記官。のち司法次官、大審院長）は、案二六一条にあるとおり当事者申出の証拠によって心証を得られない場合に職権が作動するという趣旨である。刑事とことなり調査機関が存在しないので、せいぜい案二六二条・三一〇条で調査・鑑定の嘱託をするとか、証拠調の結果こういう証人を呼んだらよかろうと裁判所に分かった時、証人を呼ぶだけに留まる。特殊の機関を用いて証人を探し出すとか、裁判所外で判事が聞いた事実を基礎として証人を呼ぶということはしない、と答弁した。

広瀬はさらに食い下がり、政府委員はそういう運用にしたいのだろうが、実際に法文を運用するのは判事なので、判

事はいかようにも自由にできるとして危惧を表明する。

「厳格なる訴訟証人、其他適切なる証拠を持って居らない、自分が申出でて宣誓をして立証するの外仕方がないと云う場合があるとすれば、殆ど其大部分は裁判所が活動することになる。又往々にして見る如く、殆ど適切な立証方法がない、検事局の起訴記録がなければ出来ない事件もある、争いになる場合の立証の困難なる事件も無論多々ありますが、斯う云う場合に於ては、勿論裁判所は殆ど自分の出来得る所に依て証拠を集めると云うことになる……刑事訴訟と違って調査機関を持って居らないが、結果に於ては同じであると云うことでありますが、二百六十二条に見る如く、非常に広く必要なる調査を官庁公署等に嘱託することが出来る。而して其範囲を限定して居らぬ。或は之を警察に嘱託することも出来る。而して自由裁量主義を採って居るので、巡査の調べた報告でも自由なる裁量に依て之を断定をすると云うことにもなるかと思います」[63]。

広瀬の批判は案二六一条よりはむしろ、冒頭は当事者訊問（案三三六条）、後半は案二六二条を念頭に置いたもののようにみえる。長島政府委員の答弁も、案二六二条は事件の実質に立ち入って官庁が調査することは含んでおらず、専門的な事柄について調査報告を求めるにとどまるというものであった。

ここも含め衆院の審議において、案二六一条の職権証拠調の一般規定がホットな論争点となることはなかった。審議の最終段階になって、当事者訊問（案三三六条）の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」が削除された際（下記(2)参照）、広瀬徳蔵は権衡上案二六一条についても「其ノ他必要アリト認ムルトキ」を削除すべきであると主張したが、なんらの議論が行われることもなく賛成少数であっさり否決されてしまった[64]。このことをネガティブに評価する先行研究もあるが[65]、立法過程のメンバーたちにはそもそも案二六一条がそれほど重要な法文という認識がなく、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の職権介入はあくまで節度あるものにとどまるという、緩やかなコンセンサスが成立していたことを象徴

しているように思われる。

一方、釈明処分の規定（案一三一条）について複数の委員から、本条の規定は証拠調の規定と重複しており、職権主義を加味して証拠調の規定を設けた以上不要ではないのか、両者が一致しない点は平仄を合わせるべきではないか、釈明処分で判明した資料は証拠なのか、証拠調同様強制の手段はあるのかが質問された[66]。政府委員は、「御承知の通り、実際に於ては殆ど何等実用の無い規定であります」と述べ、あくまで釈明は訴訟関係を明瞭にするためのもので証拠調とは異なるという区別にこだわった。とはいえこの質疑は、両者の実際の機能が大幅に重なり合うものと認識されていたことをよく示すものといえよう。

(2)　当事者訊問

委員会で議論になったのは、当事者による宣誓・過料の新設についてであった。岡本実太郎（憲政会）は、訴訟には事実についての多少の駆け引きや嘘はつきものであり、宣誓・過料の新設は不自然・無理なものと批判した。それに対して、長島毅政府委員は以下のように答弁している[67]。

「当事者が苟も自ら主張する以上は、宣誓をして主張するには、其覚悟がなければならぬと云うことを訴訟法で警戒して置くと云うことは相当ではないか…［多少の駈引はともかく］訴訟の重要な中心を嘘を言うと云うことは、厳格に言えば詐欺取財にもなると思いますから、是は非常に苛酷になるようなこともない」

さらに続けて、

「真正なる主張者は、之が為に非常に助けになる。外に誰も知らない、自分だけ知って居ると云うときには、こんな制度でも認めて貰わなければ、自己の主張を貫徹することは出来ない。其意味に於て斯う云うことを設けて置くことは、

確(たしか)に法律上必要と思うのであります。他に証拠のないときに、之に拠るより仕方がないと云う場合には、当事者の保護になりはせぬかと考えて居るのであります」

真実に基づいた裁判を職権介入をつうじて実現する最後の手段として当事者訊問を位置づけ、そのために当事者にも一定の責任を自覚することを求めている。宣誓・過料規定については他の委員からも「大変な問題がある」として小委員会で議論したい旨述べられていたが[68]、小委員会（弁護士会からの意見書をたたき台にして非公開で審議した）では全く取り上げられることはなかった[69]。

小委員会のあと審議の最終段階になって、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」は職権の介入を広げ過ぎ、宣誓・過料の規定は余りに厳しすぎるとして、削除すべしとする意見が委員たちから俄然活発に出された[70]。

「其ノ他必要アリト認ムルトキ」について、平川松太郎は一方の極に立った反対論を展開した[71]。それに対して長島政府委員は、

「[明治民訴法三六〇条では補充性の原則がとられているが]実際に於ては一番仕舞まで証拠を調べてしまって、もう是で心証を得ないのだと云う所まで行くかどうかと云うことは、実際には分らないのであります。そこで…本人訊問の場合に於きましても、相当の証人を調べまして、そうして分らないことになりますと、本人を訊問致すのであります。本人訊問の後に於ても、又証人調をすると云うことを実際に於て許して居るのであります。法文の文字から申しますと、総ての証拠を調べてしまって、最終でなければ本人訊問は出来ないと云う風に解して居る人もあるようでありますが、実際の扱いとしては、そう云うことは実際行われないのであります[72]。…果して何処まで行ったら本人訊問をして宜いのだと云うことは分りませぬので、自然此規定と云うものはまだ是から調べる証人があるような場合でも、本人訊問と云うこともあるのであります。併(しかし)ながら無論一番初めに本人訊問をするとか、或は二三の証人を調べて、まだ沢山証人

があるのに、本人訊問をすると云うようなことは、殆ど私はないことと思うのであります。…どう致しましても、補充的のものであります…［証拠調をすべて終えてからでないと本人訊問ができないというのでは］如何にも窮屈である。斯う云う実際の取扱と致しまして、本条のような取扱を設けたのであります」

と答弁した。「其ノ他必要アリト認ムルトキ」は強度の職権介入を志向するものではなく、当事者訊問の補充性に対する「遊び」として実務上すでに行われてきた取扱を明文化したに過ぎない、節度あるものであった。その後の議論はこの説明に理解を示したうえで、あくまで職権濫用を防ぐためとして「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除を全会一致で決する。「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の有無に関係なく職権は適宜介入すべきであるということについて、委員の間にはコンセンサスが成立していたのである(73)。それに加えて宣誓・過料の削除もあくまで主張した岡本実太郎の動議は少数の賛同しか得られずに終わり、その限りで事実認定における職権介入は強化されることになったといえよう。

四　衆議院による修正を受けての貴族院の審議

衆院から回付された法案についての審議(74)では、職権の強度の介入を主張する水上長次郎一人が厳しい批判を行った。従来不慣れな者が証拠を出し遅れたり、必要な証拠を出さなかったりした際、「若(もし)も裁判官に於て進んで証拠の調べをするとか、或は斯(こ)う云う証拠があれば出せと云うような事を注意しますと、直ぐ干渉がましい仕方なりと申して、忽ち八方から非難攻撃を受けるのであります」。この非干渉主義・本人主義を改めるために本改正案は提出されたのに、衆院における幾つかの修正はそれを台無しにするものであるとして、当事者訊問についての修正を以下のように非難した。

「現行の法律の下では、外に証拠がありました場合には、仮令本人に就て訊問したならば立派な証拠が挙がることが出来ると思いましても、他の証拠物を差措いて本人を訊問することが出来ない……是も亦訴訟非干渉主義とか、或は本人

自由主義とか云うようなことから生じて来て居る所の不便の一つであります……［改正法案では職権主義に改められ、案三三六条により］極めて自由自在に訊問することが出来ることになったのであります。……如何なる証拠がありましても、又無い場合に於きましても、直ぐ様本人を呼出して、そうして本人の自白を得るか、或は又自白がなくても、事実に近い所の事実を発見することが容易に出来ることになった……現行法の下に於きまして、本人を訊問したならば確かなる事実を探り聞き得ることが出来ると思いながらも、出来なかったことは、非常に痛切に不便を感じて居りましたが、［その不便が除かれ非常に訴訟の進行を早めることになったので非常に喜んでいた］。所（ところ）が衆議院に於きましては、此大切なる所の『其ノ他必要アリト認ムルトキ』と云う文句を全く削ってしまったんです」

衆院の修正は改正法案の根本主義を覆すものであり、同意できないと主張した。しかし水上の一方の極に立つ見解は支持を集めることはなく[75]、貴院も衆院の修正を受け入れ、民訴法改正案は成立することになるのである。

以上、立法過程＝貴衆両院での審議における起案サイドの立場は、一貫して節度あるものであったと評価できる。強度の職権介入の主張や、当事者主義の公式的理解の護持という両極を退け、当事者による証明を前提とした上で節度ある介入を明文によって可能にしようとしたのだった。

4　むすび

一　成法への起案サイドの評価

改正法施行にかけて、起案サイドによる改正法の解説書が複数刊行されている。松岡義正『新民事訴訟法註釈』（昭

四～一四）、山内確三郎『民事訴訟法の改正』（昭四）、長島毅＝森田豊次郎『改正民事訴訟法解釈』（昭五）である。

(1)　職権証拠調

山内は二六一条を新法の採った職権主義の最も顕著なる一事項とした上で、当事者の申し出た証拠だけでは心証を得られない場合が、職権証拠調の殆ど総ての場合を網羅すると述べる。「其ノ他必要アリト認ムルトキ」、つまり当事者が証拠の申出を為さない場合にも極めて広汎に可能とされてはいるが、「併ながら、茲に自ら適当の制限あることを考えなければならぬ。故に初心の判事は其の他以下の権限は余り之を用いず、当事者に促して必要なる立証を為さしむるの途を採って貰いたい」と述べ、二六一条よりまず釈明権で立証を促すべきと考えている(76)。長島＝森田も同旨をあっさりと述べている(77)。

釈明との関係については、山内は一二七条に関して、先ず立証の責任ある当事者が必要な証拠を提出しないことがないよう間接に立証を命ずる。「而して、新法に於ける立証に関する裁判所の職権は更に一歩を進め、職権を以てする証拠調となる」と位置づけている(78)。一三一条については、証拠調とは区別されるべきと繰り返し強調するも、「「一号・当事者本人の出頭命令について」其が間接に訴訟に影響するところは、証拠調に属すると同様なる場合がないと保証することは出来ぬ…［両者の］区別の取扱は極めて微妙である」とした(79)。

長島＝森田も同様に一二七条について、「本条は釈明権に関するものなれども、釈明権の行使が当事者の主張の矛盾牴触、不合理、背信、曖昧等を匡すの結果、自然当事者の主張の真否、当否を判断するの資料を提供する結果となるは勿論なり」。一三一条についても、「本条の規定に依る処分（決定）は、厳格なる意義に於ける証拠調と云うことを得ざるべきも、処分の結果を本案判断の資料に援用することは敢て違法に非ざるべし」と述べ、両者の機能が実務上は重な

ることを認めていた。[80]

他方松岡は一三一条について、証拠調ではなく訴訟関係の明瞭化のためのものであることに、同条による釈明の範囲の制約を見ていたようである。[81]

(2) 当事者訊問

山内は、衆院での三三六条の修正に極めて批判的である。明治民訴法下において、補充性規定を厳格に解するか柔軟に解するか議論があったため、原案では二六一条と同様「其ノ他必要アリト認ムルトキ」と明らかに規定し、他に証拠調をすることが当事者訊問の前提ではないことを了解させようとした。しかし修正で二六一条の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」はそのままで、三三六条では削除された。「権衡を得ないと同時に、解釈に疑義を生ずることは旧法に於けるよりも一層甚しきものあり」。「議会に於ける修正は、余程能く注意して其の賛否を定めないと、飛んでもない間違を生ずることがある。此の条文の修正の如きは明に其の一である。訴訟に依ては殊に旧き事実に基く訴訟に於て、証拠を得る能わざる場合がある。斯の如き場合に証拠なきの故を以て、遽(にわ)かに相手方の主張を真実と認め難き場合は尠(すくな)くない。斯の如き場合に裁判官が心証を定むるの基礎は、本人訊問に依るの外はない」。新法がこれを許す趣意ならば、原案のように明文にすべきであった。[82]

明治民訴法は当事者訊問の方法等についてはなんら規定せず、ゆえに実効性が甚だ少なかったので、効力を高めるべく新法では当事者本人の宣誓の規定をおいた、と説明される。宣誓は必要的ではなく、実施の有無は裁判所の裁量にゆだねられる。宣誓は「我国民の道徳感」「淳風美俗」に基づくものであり、訴訟誠実の義務に発するものとされていることが目を引く。[83] 宣誓の方式が厳粛にされたことも述べられる。過料の規定については「本来は刑法の規定を改めて偽

証の場合に準じて、刑罰に当てるのが本当であらねばならぬ」とする。

山内が口頭審理を重視していたことを示すのは、以下の叙述である。「当事者訊問は一般の証拠と異なりて、其の陳述に依て主張の真実を明にすると云わんよりは、其の陳述自体に依りて直接事実の真相を糺明する…故に裁判所は当事者の陳述の状況に注視して、之に依て其の主張の真否を明察することに意を用いなければならぬ」。ゆえに当事者訊問は、最も多く裁判官の技量を要するものなのである(84)。

長島＝森田は当事者訊問の補充性について、本人訊問の後にその他の証拠調をすることができる。準備手続で当事者訊問の申立があった場合、最初の期日に他の証人と同時に当事者本人を呼出すことは構わない、と簡潔に触れる。宣誓がいかなる場合に必要かは一概に論ずることはできないとした上で、当事者本人の訊問のみによって訴訟の勝敗を決するような場合には宣誓を命ずるべきである。また一方当事者に宣誓を命じた場合は他方の当事者にも命ずるべきである、という(85)。

二　まとめと見通し

(1)　本稿では、事実認定における職権介入に関連する大正改正の条項として、二六一条と三三六条を中心とした起草・立法過程の議論を検討してきた。起案サイドが考えていた職権介入とは、真実をどこまでも追求するというものではなかった。当事者のみに立証を委ねておくのでは不適切な結果になると考えられる場合において、節度ある形で介入を行うものだったのである(86)。

当事者主義を旗印にする批判は立法過程において一定以上に見られたが、当時の刑事手続に対する批判的な認識のアナロジーで把握されがちだったことが示すように、それはあくまで強度の職権介入を危惧したものであった。あるべき

介入の程度についての起案サイドとの認識の相違は大きなものではなく、緩やかなコンセンサスが大多数のメンバーの間に成立していたといえる。換言すれば、その程度での職権介入は弁護士選出の委員・議員からも期待されていたのである。

節度あるものとして職権介入の程度を想定する起草・立法過程メンバーのスタンスは、同時代の一般の実務法曹の間でかなり強度の介入を期待する声が多数見られたのとは、位相をはっきり異にしているといえよう[87]。

(2) 従前、二六一条の職権証拠調の規定は「世界に類例のない規定」、大正改正法における職権主義強化の象徴として言及され、当事者主義の立場から強く批判されてきた。

しかし起草・立法過程のメンバーたちは、二六一条を決して強度の職権介入としては認識していなかったし、さして重要な法文とみていたわけでもない。改正項目としての扱いが小さく、議論が質量ともにさしたるものでなかったのは、いかなるメンバーからもさして問題をはらんだ条文とは考えられていなかったからと解される。改正当時の学説も多くは本条の立法趣旨を正確に把握し、弁論主義を前提としつつ職権が必要に応じて介入できるようにしたという節度ある理解を示している[88]。事実認定のための職権介入の手段としては、証拠法総則に位置する二六一条よりも、釈明権の行使（一二七・一三一条[89]）や新設・強化された証拠法各則の具体的な規定（二六二・三一〇・三三六条など）が重視され、さかんに議論されていたことも重要な点である。先行研究にしばしばみられた二六一条への強い批判は、起草・立法過程の議論を十分に閲した上での評価とはいいがたく、当事者「主義」にあまりにとらわれたものといえよう。

二六一条を、本人訴訟を念頭にした法文として把握する見解が散見される[90]。しかし当時、弁護士の資質の低さが——弁護士たち自身からも——しばしば取りざたされていたことを考えれば[91]、「専門職たる弁護士のミスのリスクを、依頼

人（＝法の素人たる当事者）に負担させるべきか否か」という視点から、職権介入が位置づけられていた可能性があるように思われる。

(3)　当事者訊問について、本稿では、起草・立法過程のメンバーが補充性の厳格な適用を想定していなかったことを示した。しかし、改正法をうけた学説では衆院における「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除が重要な意味を持つものとして一人歩きしはじめ、山内確三郎の懸念が現実のものとなる。[92] その後、学説の多くは補充性を厳格に解釈するようになり、他方実務は柔軟な対応をとってゆくこととなったのである。

いずれにせよ、補充性についての起草・立法過程の議論は、事実認定のための職権介入をどう考えるかという視点から終始なされていた。後年の学説が補充性を厳格に解する根拠とした「当事者の供述は証拠力が弱い」とする見解や、補充性は（証拠方法としての）当事者宣誓が最後の証拠方法とされていたことの残滓に過ぎないという沿革的経緯は、起草・立法過程において注目されることはなかったのである。[93]

＊本稿は、文部科学省科学研究費・基盤研究C「『当事者のために介入する裁判官』の歴史的系譜――ヨーロッパ私法史から大正民訴改正へ」、同「民事訴訟における職権介入の虚像と実像――実務のまなざしから出発する法史学の試み」（いずれも代表者・水野浩二）による研究成果である。本稿は当初別の媒体での公表のために、平成二六年六月にひとまず脱稿していたが、出版サイドの事情で刊行が遅れたため、このたび大幅な加筆修正を加えた上で、本誌にて公表することにしたものであることを付記する。

（1）本稿では、参照史料がいずれも容易に参看可能であることと読みやすさを考え、史料引用の際はいずれも新かな新漢字に、カナ書きをひらがなに改め、適宜句読点・ふりがなを挿入・省略した。史料編纂者による校訂が施されている箇所はそれにしたがった。［　］内は水野が補った部分である。各々の段階で検討対象にされた案文については「案○○条」と表記する。史料の日付は例えば大正一一年五月三〇日を大一一・五・三〇のように表記する。

（2）法史的文献では染野義信「わが国民事訴訟制度における転回点――大正一五年改正の経過と本質」（同『近代的転換における裁判制度』（昭六三）所収、初出は昭四四－四五）、本間義信「大正期の民事司法」静法二三巻二・三・四号（昭五〇）、園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』（平二一）二六二頁以下、山中永之佑他『日本現代法史論』（平二二）一七一頁。実定法文献として例えば秋山幹男他『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ（第二版）』（平一八）一〇頁、新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』（平二三）四九頁、中野貞一郎他『新民事訴訟法講義（第二版補訂二版）』（平二〇）一八頁など。

（3）当時の学説については、本間義信「弁論主義理論の展開過程――旧法時代」阪法三九巻三・四号（平二）、笠井正俊「弁論主義の意義」（『民事訴訟法の史的展開（鈴木正裕古稀）』（平一四）所収）。

（4）水野浩二「葛藤する法廷――『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本（一）～（三・完）」北法六七巻四～六号（平二八－二九）にて詳細に論じた。

（5）水野浩二「〈口頭審理による後見的な真実解明への志向〉試論――一例としての大正民訴法改正」法制史研究六三号（平二六）一五、二四、二七、三一頁。

（6）起草過程終了をうけて作成された『民事訴訟法改正要目』［関連資料4～5］、『改正法律案理由書』［639］では、「改正ノ要点」（七項目）ではなく「其ノ他注意スヘキ改正事項」（一九項目）中に挙げられている（「証拠調ハ事情ニ因リ職権ヲ以テモ之ヲ為スコトヲ得ルモノト為シタルコト」「当事者宣誓ノ制度ヲ認メタルコト」）。当事者訊問それ自体ではなく、訊問を宣誓の上でおこなうようにした点が重視されていることに注意したい。

（7）染野「転回点」二四九－二五〇、二七三、二八八頁。

（8）斎藤秀夫他編『注解民事訴訟法（第二版）(7)』（平五）三一〇頁以下、笠井「弁論主義の意義」、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』（平一六）三〇二頁（「二六一条は」世界に類のない条文として注目を浴びるとともに、職権主義の極致として太平洋戦争後は直ちに削除されてしまった」）、園尾『近現代史』二六三、二六五頁。

(9) 萩原金美「当事者尋問の補充性に関する一考察」新報八〇巻二号（昭四八）、河野信夫「当事者の尋問」講座民訴(5)（昭五八）、中野貞一郎「当事者尋問の補充性」（同『民事手続の現在問題』（平元）所収。初出は判タ五〇六、六八五号（昭六二、平元））、斎藤他編『注解民訴（第二版）(8)』（平五）二八二頁以下、秋山他『コンメンタール民訴Ⅳ』（平二二）二五九頁以下。

(10) 染野「転回点」二九四頁。

(11) 中野貞一郎「当事者尋問」、とくに二〇二－二〇三、二一〇頁。本稿での検討の結果は、中野氏の見解を基本的に支持するものであることをあらかじめ述べておきたい。

(12) 二〇七条　①裁判所は、申立てにより又は職権で、当事者本人を尋問することができる。この場合においては、その当事者に宣誓をさせることができる。

②証人及び当事者本人の尋問を行うときは、まず証人の尋問をする。ただし、適当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、まず当事者本人の尋問をすることができる。

(13) 史料は松本博之・河野正憲・徳田和幸編『民事訴訟法・大正改正編(1)～(5)、総索引（日本立法資料全集10～15）』（平五～八）を用い、［数字］で同書の史料番号を表示する。

(14) 法典調査会（～明治三六年）については、審議の速記録が本研究の対象となる内容についてはそもそも作成されなかったと考えられるため、それ自体としては取り上げない（松本博之他編『民事訴訟法・明治三六年草案(1)（日本立法資料全集43）』（平六）九、一五頁）。

(15) 改正作業の経過に関しては、本稿でもやはり鈴木正裕『日本』第四部の稠密な叙述による。

(16) 意見聴取は第一回（明三六）・第二回（明四四）の二度にわたり、裁判所・検事局・弁護士会・商業会議所に対して行われた。第一回の結果をまとめたのが［2］民事訴訟法改正案修正意見類聚、第二回が松本博之他編『民事訴訟法・明治三六年草案(3)（日本立法資料全集45）』（平七）の［42・43］民事訴訟法及付属法令修正意見類聚（追加）である。第一回においては一般的な職権証拠調を要望する意見はほとんど見られない。

(17) ［362］

(18) ［364］（明四四・五・三一）

(19) [243] [424] (大二・一・一五)。

(20) [453] (大三・六・二二)。以上の経緯については、鈴木『日本』三〇二頁注 (124) を参照されたい。

職権証拠調の一般規定の由来については染野「転回点」以来、外国に類例のない制度を採用したとする見解が一般的であるが、なお検討の余地があると思われる。中・近世の学識法訴訟は、一定以上の積極的な釈明権の行使・職権探知をみとめていた (Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß. Berlin 1971, S. 42ff., Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Heidelberg 2012, passim., 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』(平二三) 三六六－三七四頁、水野浩二「学識的民事訴訟における職権補充――中世末期の解釈論の変動」北法六五巻一号 (平二六))。大正改正当時のわが国においても、雉本朗造「民事訴訟制度の変遷及改正運動 (付・墺太利新民事訴訟法及び匈牙利新民事訴訟法) (六) (七)」新聞八四一、八四二号 (大二) や中野峯夫「新民事訴訟法に於ける当事者主義と職権主義 (二)」曹誌八巻二号 (昭五) 一六頁は、プロイセン一般裁判所法 (一七九三年) やオーストリア民訴法 (一八九五年) の関連規定を紹介している。

(21) [463]。染野「転回点」二七三頁がごくあっさりと紹介する。

(22) 大審院が証拠共通の原則を認めた判例として、大判明治四一年五月一一日民録一四輯五六七頁がある。なお後の民訴法改正調査委員会において松岡は、証拠共通の原則を職権証拠調から切り離し、大審院の判例により今日では認められている、と流している ([609] (大一一・一二・一二))。

(23) [279] (大二・六・二七)

(24) 笠井「弁論主義の意義」三八九頁注 (5)。

(25) 明治三二年頃に作成されたといわれる民事訴訟法修正案 (松本他編『民事訴訟法・明治三六年草案(1) (日本立法資料全集43)』の [2]) においてすでに、当事者訊問の規定は存在していない。削除の理由については史料不足 (注 (14) 参照) のため、現時点ではっきりしない。

当事者訊問の由来については、本稿との関連ではさしあたり、釈明権の行使が中世学識法手続以来当事者訊問とほぼ同一の役割を果たしてきたことを指摘しておきたい (Nörr, Prozessrecht, S. 168)。補充性の原則は、形式的証拠力を持つ証拠方法としての当事者宣誓が伝統的に最後の補充的な手段とされてきたことを受け、一九世紀中の民訴立法が徐々に採用

していったとされている（岩沢彰二郎「当事者による証拠方法」曹誌六巻一～三号（昭三）、中野貞一郎「当事者訊問」）。

(26) 注（16）の史料を参照。

(27) 当事者訊問は明治民訴法では「当事者本人ノ訊問」（三六〇条以下）と呼称されていたため、当時においては当事者訊問を指すものとしてしばしば「本人訊問」という言葉が用いられていた。

(28) 初めて職権証拠調・当事者訊問の条文が登場するのは［475］民事訴訟法改正起案会決定案（四一〇条まで）（起草委員会議案）の大六・六・二五～一二・二四作成の部分においてである。ちなみに釈明処分の規定には、［1］旧法典調査会案から［473］［475］（大六・二・二六起案会改案）［477］［478］の各段階において細かい修正が加えられている。

(29) ［604］（大一一・一〇・二四）。

(30) 山内確三郎『民事訴訟法の改正（第二巻）』（昭六）二〇七－二一〇頁。山内は『法律新聞』でも同旨の主張を展開していた（大正七年一〇月二三日付）。水野「葛藤する法廷（一）」五〇頁参照。

(31) 立証の促しをどこまで強化するかは、起草・立法過程を通じて議論の対象とされた（水野「口頭審理」参照）。

(32) ［629］（大一四・六・一六）。法文は［481］民事訴訟法改正案（第二案）を参照。

(33) ［634］（大一四・七・一四）。案一二三条ノ二は削除されることになり、議会提出の第五案（［500］）では案一三一条五号が、証拠調の規定としては案二六二条・三一〇条が追加された。

(34) ［639］

(35) 法文は下記「3　立法過程」の冒頭に紹介する［500］を参照。

(36) のちの立法過程（貴院）では、当事者が立証を尽くすことを前提に、それでも裁判所が心証を十分に得るに至らなかったところを、補足として当事者訊問で補うのである。だから当事者の申立ではなく職権によることになる、と説明される。「大体の此立前（たてまえ）が当事者が立証の手続を尽すと云うことを土台に置きまして、謂わば其補足的のもので」、「心証を得るか得ないかと云うことは裁判所の問題でありまして、申立人の方には分らないのであります…矢張り証拠調べと云う、当事者本位と云うことが基礎になって居りまして…本人訊問と云う詰り補充的なものでありますから」（［648］大一五・二・二四、［651］大一五・二・二六）。

(37) ［611］（大一二・一・一六）

（38）［634］（大一四・七・一四）。

（39）松岡義正は明治民訴法三六〇条の解釈論としては、補充性を厳格に理解していた（『民事証拠論』（大一四）六一二－六一四頁）。「当事者本人の訊問は、証すべき事実若は其の反対事実が証明せられたるとき、又は証すべき事実に付尚お他の証拠方法存するとき（仮令迂遠なる証拠方法なりと雖も）は、之を許さず。故に当事者は、当事者本人の訊問に依る証拠調を為さしむるが為に、他の証拠の申出を避止することを許さず。従て、若し当事者が他の証拠方法存するに拘わらず、当事者本人の訊問を求むる申立を為したるときは、裁判所は之を却下することを要す」。松岡以外の論者の見解については岩沢「当事者による証拠方法（三・完）」二〇－二一頁を参照。

しかし当時の実務の扱いは、やや異なるものになっていた。大判大正八年六月一六日民録二五輯一〇四四頁は補充性の原則を確認した上で、「本人訊問を為したる後に至りては当事者より証拠を提出することを得ざる旨の規定なければ、其後に於て各当事者の提出したる証拠を以て、許すべからざるものと為すを得ざるものとす」と判示していた。下記「3　立法過程」の質疑も参照。

（40）［639］。宣誓の上虚偽の陳述をした者への過料は［479］民事訴訟法改正案（第一案・議案）では五〇〇円だったが、［481］民事訴訟法改正案（第二案）以降一〇〇〇円に増額されている。

（41）［関連資料3～5］

（42）法文は下記「3　立法過程」の冒頭に紹介する［500］を参照。

（43）［611］（大一二・一・一六）。

（44）［634］（大一四・七・一四）

（45）貴衆両院の審議過程の詳細については、水野「口頭審理」二六、二九頁以下を参照。

（46）［関連資料7］（大一五・一・九）。この意見書は池田寅二郎（民事局長）に宛てて書かれ、『法律新聞』（大正一五年一月二〇日付）に公表されている。

（47）［関連資料8］『法律新聞』（大正一五年三月三日付）に掲載されている。

（48）［関連資料9］『法律新聞』（大正一五年三月二〇日付）に掲載されている。

（49）［関連資料11］

(50) 日本弁護士協会・東京弁護士会の意見もこの点について同旨を主張する。

(51) [関連資料9]。自己の訴訟について真相の陳述を強制するのは人情にもとる。陳述を措信できないとはいえても、虚偽とまで断定することは困難である。「婦人老人其の他の怯懦者」は処罰を恐れて訴訟を回避することになろう。悪質な場合は刑法の詐欺罪で処罰すればよい。

(52) 他方、当時の『法律新聞』には一般の実務法曹の改正法案への意見表明が見られ、職権介入の強化に賛同するものが多い。これらについては水野「葛藤する法廷」を参照されたい。

(53) [648] (大一五・二・二四) (佐竹三吾)、[651] (大一五・二・二六) (志水小一郎)

(54) 長島毅説明員も同旨を述べている ([651] (大一五・二・二六))。

(55) 水上だけは、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」に強度の職権介入を期待していた (下記四参照)。水上が釈明権についても相当以上の強化を主張して議論の一方の「極」となったことについては、水野「口頭審理」二六頁以下で詳細に論じた。

(56) [648] (大一五・二・二四)

(57) [643] (大一五・二・二〇)「…現在の規定の中でも、裁判官が余り励行をしない…ものがある。…自分の心情に於ては斯うした方が宜かろうと思っても、…或は上級裁判所で破毀される、或は取消されると云うような、即ち入らぬ心配をするが為に、…先ず是までの仕来りに従って、自分の思う存分通りの処置をしないと云うような傾は多々あるのであります。現に今度の改正案に付きましては、此裁判所に於て職権証拠調べの原則を幾分か認められて居るのでありますが、現訴訟法ではどうか。それは幾分認められて居る。或る場合に於て、例えば本人訊問・釈明権など、裁判官に於て十分に其規定の趣旨と精神とを能く考えて、そうして之を出来得るだけ其趣旨を拡張して行こうと云う考がありましたならば、今度改正になりましたようには行きますまいけれども、現在やって居る扱いよりは、一層範囲が広くなって来て、是が為に其訴訟の遅延するもの幾分か減ずると云うことは実際あることじゃろう、と私は考える」

(58) [648] (大一五・二・二四)。中野「当事者訊問」一九七－一九九頁で質疑のあらましが紹介されている。

(59) 職権介入積極派の水上長次郎さえ、「[当事者本人は] 訴訟には最も利害の痛切なる関係を有するものである。であるからして、自分の為に不利なことは言わない、若くは嘘をつくと云うようなことはないではない。是は人情であろうと思う。証人の調べの場合にも利害関係あることは宣誓をさせない。それが当然である。……[案三三九条で] 宣誓をせしめて間違っ

たからと云うて千円以下の過料に処すと云うことになりますると、是は少し苛酷になると思います」と、懐疑的な姿勢を示している。

(60) 唯一の例外として職権介入積極派の水上長次郎が、案三三六条の「必要アリト認ムルトキハ」は、和解勧試の機会を早期に提供する趣旨なのかと質問している（[646]（大一五・二・二二））。池田政府委員は、案三三六条は証拠調なので不適切であり、釈明処分の案一三二条一項一号により本人を出頭させる（明治民訴法一一四条でも大体そのようにやっている）、案一三六条二項もあるという「形式的な」区別でかわしている。ちなみに中野「当事者尋問」一九一頁は補充性を批判する根拠の一つとして、水上と同様の視点を提示している。

案一三六条　①裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス和解ヲ試ミ又ハ受命判事若ハ受託判事ヲシテ之ヲ試ミシムルコトヲ得

②裁判所又ハ受命判事若ハ受託判事ハ和解ノ為当事者本人又ハ其ノ法定代理人ノ出頭ヲ命スルコトヲ得

(61) [652]（大一五・三・三）

(62) [661]（大一五・三・一二）

(63) 染野義信氏はこの発言に注目している（「転回点」二九三頁）。

(64) [668]（大一五・三・二二）。

(65) 染野「転回点」二九四頁。

(66) [664]（大一五・三・一六）（広瀬徳蔵・横山金太郎（憲政会）・清瀬一郎（新正倶楽部））

(67) [661]（大一五・三・一二）

(68) [665]（大一五・三・一七）（磯部尚（政友会））

(69) [668]（大一五・三・二二）の岡本実太郎に対する齋藤委員長の答弁。なお、広瀬徳蔵は小委員会で修正説（内容不明）を出したが賛成者がなかったと述べている。

(70) [668]（大一五・三・二二）。宣誓・過料を削除するとしたのが岡本実太郎・広瀬徳蔵、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除を主張したのが磯部尚・谷原公（政友本党）、平川松太郎（憲政会）はいずれかの削除を主張した。

(71)「其ノ他必要アリト認ムルトキ」だと、いつでも裁判所が当事者本人を訊問できることになる。そうだとすると何らの証

拠も調べないうちでもできるので、そのあと証拠調をする必要がなくなってしまわないか。女子や訴訟に慣れない者は裁判所に呼び出されて、事実に反するような陳述をするかもしれない。また、偽証の場合には弁護士が教唆したというようなことが常に問題になり、(本人訊問の際は必ず弁護士が本人に助言するから)弁護士が制裁を受けることになりかねない。田舎の了解しない裁判所では、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」を適用する場合がたくさん出てきよう。従って「其ノ他必要アリト認ムルトキ」か「宣誓」のいずれかを削るべき、とした。

(72) 注(39)で紹介した大審院判例も参照。

(73) 広瀬徳蔵「成程政府委員の言われるように、最終と云う時が分らないのであるから、其前に於ても之を許す必要があると云うことは、必ずしも理由なしと致しませぬ」

磯部尚「只今政府委員が御答になったことは、裁判常識としては当然左様であろうと思いますけれども、辺鄙な所に参りまして、随分化石した判事などは何をやらぬとも限らぬ…矢張現行法通りざっと証拠調をして、心証を得ること能わざるときに初めて当事者の訊問に移ると云うことを規定して置いた方が、過ちが少かろう」

谷原公「三百三十六条の中から『其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ』と云う文字を削りましても、裁判所は証拠調に依て十分心証を得ない場合に、初めて当事者本人の訊問に移る、或は又其後に於て有力なる証拠調の必要あるときは証拠調に移ることは一向差支ないのでありますから、職権濫用の弊を防ぐ意味に於きまして、あの文字を削ることに賛成致したい」

以上の点につき、中野「当事者尋問」一九九－二〇二頁、とくに二〇二頁の分析を参照。

(74) [670](大一五・三・二四)

(75) 佐竹三吾は、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」は単なる注意的な規定に過ぎない。他の証拠調によって十分な心証を得られない場合に、最後の手段として当事者訊問は行うのであり、訊問の結果判明した事実についてさらに証拠調を行うことは実務上すでに行われている。「其ノ他必要アリト認ムルトキ」が削除されたからといって、取扱上なんら差異は生じないと水上に反論している。衆院と同様の認識が貴院でも共有されていたことがうかがわれる。

(76) 山内『改正』第二巻五九－六〇頁。

(77) 長島＝森田『解釈』三一〇－三一一頁。

(78) 山内『改正』第一巻二二三頁
(79) 山内『改正』第一巻二二八頁。
(80) 長島＝森田『解釈』一三七、一四一頁。
(81) 松岡『註釈』第四巻七四八頁は、「当事者本人の陳述が訴訟代理人の陳述に優るの故のみを以て、当事者本人の出頭を命ずることを得ず。蓋(けだし)這(これ)は訴訟関係を明瞭ならしむるの目的の範囲を超越して、不干渉審理主義に触るるに至るを以てなり」と述べる。
(82) 山内『改正』第二巻一一二－一一五頁。
中野「当事者尋問」二〇三、二一〇頁は、二六一条が「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の職権証拠調を一般に認めていたことが、当事者訊問の補充性の枠のしめつけを可能にしたのではと解釈する（従って二六一条が削除された現状［平成民訴改正前］では、当事者尋問の補充性の解釈は柔軟な方向に変わって当然である）。実定法解釈論としてはありえようが、起草・立法過程のメンバーがそう考えていたとは言いがたいように思われる。
(83) ヨーロッパでは宗教心の衰えた結果、宣誓の力が甚だ薄弱なものとなっている。わが民訴法においては宣誓は宗教心ではなく、その人の良心に基づくものとして位置づけられている、と差異化される。山内においてこの種のリーズニングは稀であったように思われる。他方「訴訟誠実」や「国民と裁判官の連帯義務」といった用語は、当時のドイツ民訴法学の影響を受けたものかもしれない。
(84) 山内『改正』第二巻一一五－一一八頁。
(85) 長島＝森田『解釈』三七三－三七四頁。
(86) 職権証拠調の費用を当事者が負担せねばならないことが、職権介入に対する実務レベルでの制約として認識されていた。法律取調委員会では次のようなやり取りがみられる（［463］大三・一二・二）。
仁井田益太郎「［職権証拠調の］費用は当事者に予納せしめ、若し予納せざるときは証拠調を為さざることとなるべし」
横田五郎「然らば刑事訴訟とは異るべし」
山内確三郎「然り。職権主義を加味すると云うは、刑事訴訟の如く絶対的に職権主義を採るに非ず。適当なる程度に止むる意なり」

民訴法と同時に改正された民訴費用法は、予納されなかった費用を裁判所が取り立てるための規定を新設した（一八条）。長島＝森田『解釈』三一〇－三一一頁も二六一条について、職権証拠調の費用は必ず当事者（原告のことが多いだろう）に予納させ、予納なき場合は証拠調を行ってはならない、と述べる。

(87) 詳細は水野「葛藤する法廷」にて詳論した。

(88) 笠井「弁論主義」三九三頁が引用する文献など。二六一条が職権濫用につながるとして厳しく批判するのは早川弥三郎「改正民事訴訟法論評」法律及政治五巻八号（大一五）六－七頁、有馬忠三郎「証拠調に関して裁判所に望む」正義五巻九号（昭四）のみに留まる。

(89) 村松俊夫「証拠における弁論主義」（同『民事裁判の理論と実務』（昭四二）所収、初出は昭三一）は、戦後の二六一条廃止が真実発見に関しあまり不都合を生じさせていない一因として、釈明権の行使（立証の促し）で代用できることを挙げている。

(90) 染野「転回点」二八一頁注（39）、二八八頁、三〇〇頁注（62）は、根拠として旧法典調査会案への意見聴取（上記「2起草過程」の一(1)を参照）、仁井田益太郎の発言（[463] 大三・一二・二）などを挙げる。

(91) 水野「葛藤する法廷」にて詳細に論じた。

(92) 「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除ゆえに補充性を厳密に解するものとして、加藤正治「改正民事訴訟法案概説・補遺」法協四四巻五号（大一五）九四三頁、早川「改正民事訴訟法論評」法律及政治五巻九号（大一五）一八頁以下、岩沢「当事者による証拠方法」曹誌六巻三号（昭三）二三－三〇頁。他方、中野峯夫「新民事訴訟法に於ける当事者主義と職権主義（二）」曹誌八巻二号（昭五）三九頁は、証拠法総則の二六一条が「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の職権証拠調を認めている以上、当事者訊問もその他必要あるときにも認められると解している。

(93) 宣誓・過料の新設については、改正後の学説ではそれ自体を疑問視する見解は見られない。実務では今日にいたるまで、ほぼ例外なく宣誓させているといわれる。

シンポジウム

立憲政体・人権・違憲審査

―― 金森徳次郎『帝国憲法要綱』摘記 ――

高　見　勝　利

今回から連載予定の一連の論稿は、研究課題「日中両国における西欧立憲主義の継受主体にみる受容の態様」（課題番号26285010）のもと、2014年から2016年まで科学研究費助成事業（基盤研究（b））として実施した日中共同研究の成果の報告である。本研究は、2010年から2012年に実施された日中共同研究「アジアにおける西欧立憲主義の継受と変容」（基盤研究（b）。その成果は高橋和之編『日中における西欧立憲主義の継受と変容』〔岩波書店、2014年〕として公表）を継承した事業である。今回の特徴は、研究課題のタイトルに示したように、「立憲主義の継受主体」に着目しながら、その「受容の態様」を解明してみようとする点にある。上智大学法学部（2014年）、大連海事法学院（15年）、北海道大学法学部（16年公法研究会と共催）において実施した３回の日中共同研究会における各報告の纏めである。

＊　　＊　　＊

１）本稿の課題

本稿で取り上げる金森の略歴・業績については、かつて『金森徳次郎著作集』（以下「著作集」と略記、慈学社、2013 ～ 2014年）３巻本を編集するにあたって、各巻の解説で紹介しておいたので、ここで改めて触れることはしない。ただ、上記・著作集に収録し金森の憲法論稿はすべて敗戦後に執筆し、公表したものであり、筆者が解説で行った論評も戦後

にものされた作品に限定される。また、戦後に限ってみても、金森の真骨頂は、なんと言っても第90回帝国議会の答弁において示された憲法論にあるが、そこでの金森答弁の分析は、解説で触れる余裕はなかった。

そこで、改めて当時の議事録を繰ってみると、「憲法議会」とも称されるかの議会は、金森のいわば独壇場であった。そのことは、次の一文からも明らかである。

「憲法議会は、ほとんど金森国務大臣のひとり舞台であり、四方八方からの鋭い質問に対し“水は流れても川は流れない”というような警句をまじえながら、打てばひびくようにさばいてゆかれ、その答弁回数は千何百回、一回の答弁時間、最高１時間半というレコードを作られた。……このようにして成立した新憲法は、まさに“金森憲法”と呼んでいいほど、金森さんの体系と論理によつて見事に肉づけされ誕生したのであった」(「憲法遺言」入江俊郎他「あとがき」著作集Ⅰ156頁)。

この金森の憲法論は、上記議会の膨大な議事録にとどめられている。そして、その議事録を座右に置き、戦前、金森が著した『帝国憲法要綱』(以下「要綱」と略記、巌松堂、1934年〔第20版〕)を読みながら作成したのがこのメモである。メモで拾い上げたのは、議会答弁の基礎となっていると思われる金森の憲法観である。そもそも、新憲法の拠って立つ近代立憲主義やデモクラシーについて、戦前からすでにそれらを十分身に付け、自家薬籠中のものとしていない限り、議事録から伝わってくるような「憲法の精神」に立脚した的確な答弁はあり得ないはずである。その思いから、議会答弁のベースとなっていると思われる要綱の記述を摘記してみたのが本稿である。

なお、今回の日中共同研究のテーマとの関連で、要綱から摘記しながら感じたことを最初に記して置きたい。それは、日本の場合、立憲主義の継受に際して、最終的にドイツ（とくにプロイセン）型の憲法を意図的に選択し、同時にそれとセットで導入したドイツの憲法理論に依りながら明治憲法の解釈・運用に努めてきた。そうしたなかで、金森が戦前から身につけていた憲法論は、明治憲法のもとで支配的であったドイツ流のそれとは少なからずその色彩を異にするものがあった。

金森は、1912年７月、東京帝国大学法科大学英法を首席で卒業している（独法の首席は末弘厳太郎、政治は津島寿一〔『東京大学百年史　部局

史１』(1986年) 142頁〕。なお、高柳賢三も同期生。谷崎潤一郎は一高で同クラス)。東京帝大は前身の東京大学、さらにその前身の東京開成学校創設時から英法教育の伝統を有するが、その中核を担ってきたのが、ヘンリー・テリー(1847 ～ 1936)である。金森の卒業した1912年の同月、1877年東京開成学校法学科開設以来 (1884年一度辞任・帰国、94年横浜で弁護士事務所開業・再雇用) 長期に渡って英米法を講じてきたテリーも大学を退いている。したがって、金森はテリーのほぼ最後の受講生ということになる。

金森は、1914年、テリーの《*The First Principles of Law*》[9th ed., Maruzen, 1909] の邦訳『法学原論　完』〔法文館翻訳部述、法文館発行〕に「序」を寄せ、次のように述べている。「此書の原本を余が読んだのは今より約７年前第一高等学校に居た時の事であった。有体に言えば当時懇篤なる教師の指導を受けたにも拘わらず、予には此書が苦しかった。即第一には当時未だ日本の法律に就いて何の知識も無いのに突然此書を講説せられたので此書が世界並びに日本の法律に何の交渉あるのか解らなかった、他との調和の解らず学問が十分向学心を刺激することも無く又十分の理解を供することも無いは必然の結果であった」(１頁。片仮名表記を平仮名表記に改めた。条文等以外は以下同じ)。

こう述べたうえで、ローマ法系・大陸法系・ドイツ法系が優勢の法科教育のなかで、日本の法律を解する上で実益が乏しいとされる英法系を選択し、英 (米) 法を学ぶことの意義につき、「学問の材料は広きを要する､況んや世界の法制上貴重なる英法を棄て置くことは出来ない」(４頁) とし、さらに言葉を継いで、曰く。

「法律解釈の技能を養成するには英法の研究は極めて必要である、英法の骨子たる部分は今でも不文法である、其成文法律たるものも久しき間に発達した不文法を近来法典と為したるに過ぎない、抑も成文法は偶然の分子が多い、即或る争点を甲乙何れに解すべきかに就き、理論上の争点ある場合に成文法を制定して勝手に一方に定むることが出来る、之極めて便利であり又複雑なる議論を倹約することが同時に学問の発展を妨げ最も合理的なる推論発展の道程を止めてしまうものである、不文法の英法は幸か不幸か今迄極めて自由な発達を遂げて来た、此の発展の経路は即法律学者が研究利用すべき屈竟の点である」(４～５頁)。

すなわち、徹底した合理的推論という解釈技能の磨くうえで、「偶然の分子」が多い「成文法の文字……の背後に存する真の法規を発見せむとする」（金森徳次郎『法学通論　完』〔以下、「通論」、日本大学、1922年〕89頁）大陸法系の解釈技法よりも、英法系のそれの方が優れているとするものである。そして、金森は、わが国のような成文法国の場合であっても、「成文法の文字其のものが法」ではなく、「法は社会生活の規則其のもの」であって、「法の文字は単に此の無形の規則を指示し発見せしむる為の具に過ぎ〔ぬ〕」ものであるから、「文字よりして真の規則に到達する為には多少の推論を要す」（通論89頁）とし、そうした推論の技法を身に付けるためにも、英法は「研究利用すべき屈竟の点である」としているのである。

1946年の帝国議会の憲法審議における金森答弁が理路整然として一糸の乱れもないのは、一高・帝大時代に広い視野から法学を学び、「英法を棄て置くことは出来ない」との理解に達していたことによるものであろう。

東京帝大法科英法を首席卒業し大蔵省に入った翌1913年、金森は、大学で教えを受けた岡野敬次郎（商法）、土方寧（英法・民法）から勧誘があり、「或る私立大学で１週２時間の講義」を担当することになる。「或る私立大学」とあるのは、岡野・土方の双方が関与し、教えていた中央大学（前者は学長、後者は前身・英吉利法律学校の創立者の１人）であろう。年度半ばからの講義であり、しかも担当は英法、さらにテキストとして指定されていたのは「売買法」（英文の条文）であったというのであるから、土方の都合で急遽、誘われたのであろう。

「今だから白状するが私は始めて売買法の本文を読んだのである。しかも法文そのものが教科書なので、之を解説し敷衍して説明することは容易でない。４年間大学で習った英法の知識もこの場合てんで役に立たぬのだ。英国で出来た注釈書があるだろうと学校の図書館などで探すと三色ばかり役に立つのがあった。役に立つとは言うものの英法書のことだとて判例を分析したものぐらいで心細いことおびただしい。何べんくりかえしても何しろ簡単な註釈書でしかも理論的な解説を一つも含んでいないので全く閉口した。講義の前晩は２時になっても３時になっても定見が定まらない、自分のもたぬものを人に講義して聞かせるわけには行

かぬので、時々は病気欠席した。『最悪の教師も最良の学生よりも勉強する』と言う格言めいたものを口ずさみながら講義案を作る悲しさ情けなさ。それでも随分手控えが出来た。学校の趣旨は英文を和訳して聞かせる位に重点があったんだろうが、若い先生は自分から苦しんでむつかしくしてしまったのだ。それでも一年たった。ホッと胸をなでおろした。変な講義をして其の時の学生諸君には申しわけないと思った」（著作集Ⅲ359頁）。

そうこうするうちに、他の大学から憲法の講義依頼が舞い込み、そして元の大学からは法学通論を担当しろと言われ、英法から足を洗い、憲法と法学通論を担当するようになる（中央大学の他、日本大学・明治大学・早稲田大学で憲法・法学通論を講じていたことにつき、霜村光寿『金森徳次郎の憲法思想の史的研究』〔同成社、2014年〕26頁以下参照）。それらの講義案を纏めたのが上記・要綱であり、通論である。

ここでは、これら二つのテキストから、1946年の金森答弁のいわば基底にある憲法理解について、①立憲政体、②人民の権利・自由の確保、③裁判所の法令審査という３つのテーマを手がかりに、以下、その特徴を摘記しておくことにする。

２）立憲政体について

（１）国家・政体・立憲政体

（ｉ）国家・統治権・統治権総覧者

金森によれば、国家とは、「一定の領土を基礎として統治権に依りて結合せられたる人類の本来的団体」（要綱５頁、以下特段の指示がない限り、要綱の頁数）である。その中核をなす統治権とは、「〔国家という〕団体の意思にして最高独立なる特色を有するもの」（６頁）である。では、この団体意思は、どうやって形成されるか。「団体を構成する各個人の自然意思は合して団体意思となれるなり」（11頁）。すなわち、国家統治権が成立し発動するにあたっては、自然人の自然意思を基礎とし、それらの意思が合成して国家という団体の意思となる。そして、その国家意思については、「最高最終的に国家意思を決定し根本的に国家意思を発動せしむる自然意思の存在」することが要請される。通俗的に云えばこ

の自然（人の）意思が「国家意思」であり、厳密に云えば、その意思が「国家意思合成の枢軸」であり、他の自然（人の）意思はこれに「包含統一」される。この自然意思の主体を「統治権ノ総覧者」と云う。それが、通常、主権者と呼ばれるものである（11 ～ 12頁）。いかなる国家も統治権の主体であることに於いては同一である。ただ、その総覧者がいかなる自然人であるかの問題は、「国情」に依って異なる。「総覧者の所在の異同に依りて生ずる国家の体様の異同を指して国体の別と云う」。すなわち、統治権の総覧者が一人か、「国人の一部分」か、それとも「国人一般」かによって、国体は、「君主国体」「貴族国体」「民主国体」の三種に別たれるが、後二者の分類は「程度の差」に留まる（12頁）。

留意すべきは、「国家」と「統治権の総覧者」との関係である。そもそも両者は「一体に合一するもの」であり、「国家」あれば「統治権の総覧者」あり、「総覧者」がなければ「国家」もない。要するに、「統治権の総覧者」が統治権を総覧するのは、「国家」が統治権を有するからである。二者は「同一事実」について「観察方面」が異なるだけである。後者は、国家意思をその外部から観察した場合であり、前者は、これを内部において観察し、その構成の要点を観た場合である。例えて云うならば「吾人の手が人を打つと云うも吾人が人を打つと云うも実は同一事実に付き観察方法を異にするに過ぎざると同様なり」（13頁。この記述が機関説として批判され、法制局長官の辞任にまで追い込まれた一端をなすことについて、著作集Ⅰの筆者解説327頁以下参照）

上記・統治権が行動するにあたっては、その性質上「最高独立」であることからして、なんら人為的拘束を受けることはありえず、その欲するところに従って行動することができる。しかしながら、その場合でも、国家存立の目的に適合すべく適当な方法をとらなければ当該行動は実効性を獲得しえない。そこで、統治権行動の形式の問題が生ずる。政体とはこの「統治権行動の形式の態様」を指す。従って、「国体」と「政体」とは「別箇の観念」である。前者は「国家固有の態様」であり、後者は「便宜に依って変動するもの」（14頁）である。

政体は、「時勢の必要に依りて変遷する」ので、一定の種類に限定できないが、そうしたなかで重要な区別は「立憲政体」と「専制政体」の二種である。前者の特色は、いわゆる「三権分立及人民公権保障の主義」

に基づいて統治権が行動する点にある。後者の特色は、通常、そうした主義に依らないで統治権が行動する点にある。

（ⅱ）国体、政体の区別

国体と政体との区別を否認する者がある。その理由は、両者とも「国権」すなわち、「国家の意思」を表明する機関の組織の異同に依る区別に過ぎないということにある。確かに、その指摘は当たっている。しかしながら、よく考えてみると、その着眼する機関の性質が国体の場合と政体の場合とでは異なるので、この二者を区別することには合理性がある。すなわち、統治権の総覧者が何人たるかの問題に対する解答は、国家あれば必ず特定して恒久に変わることはなく、もしそれ変わるならば、一国家はその本質を失い、国家は滅亡する。他方、国家統治権の行動に参与する各種機関の設定変更は時宜に依ってなされうるものであり、不変なものではない。このように二者は機関の性質を著しく異にする点で、これらを区別する実益がある。もし二者の区別を明瞭に意識しないときは、政体の変更が可能だとして国体の変更も可能だと誤想する虞がある（15 ～ 16頁）。

（ⅲ）立憲政体の本質

上述の如く、政体とは統治権行動の形式の態様であり、その政体は権力分立と人権保障により特徴づけられる立憲政体と、かかる特徴を欠く専制政体の二種に区分される。金森は、立憲政体の「本質」について、個人と団体のあり方から説き起こす。

そもそも、人類は「個人」として存在すると同時に「団体」としての存在する。それゆえ、単に「個人本位の生存」を以て「人類究極の本義」と考えること、また、「団体本位の生存」を「人類究極の本義」と考えることの何れも誤りであって、人類は「団体及び個人の調和的生存」を以て究極の本義となすものと考えるのが相当である。すなわち、人類の「本来的団体」（上述（ⅰ））たる国家と個人とはその根本において「不可離のもの」であり、「一の所在の一面が国家、他の一面が個人を成し」、しかも「二者独立の存在を有する方面あるもの」と理解すべきである。

もっともこれを直接に論証することは難しいが、しかしながら、それは「先哲の言」、「人類の歴史的奮闘の跡」を検証することで、そうした理解を得ることができる。とはいえ、上記・二者の調和を図ることは、

先哲の「一片の理論を以て決し得べき」ものではなく、「人類の不断の努力の賜物」である。とりわけ、「国家の権力」と「個人の自由」とを制度上どのように調和させるべきかは、18世紀この方、ヨーロッパで人々が「血を以て解決」しようと試みた問題である。彼らは、これを「二方面」より解決しようとした。まず一方面において、「国家諸機関を相互に抑制して各自をして専横を為し得ざらしむる」よう努めた。そこから、いわゆる権力分立論が生起した。また、他の一面において、「人民の自然の権利を考え国家と雖も此の自然の権利を侵すべきに非ず」との理論を構成し、その実現に努めた。そこから、いわゆる「人民公権の保障」が発達した。1789年のフランス人権宣言は第16条において「権利の保障確立せられず又権力の分立定められざる国は憲法を有すると云い難し」と明記する。要するに、人権保障と権力分立を明定する憲法を有する国家の政治形式が「立憲政体」である（14 ～ 15頁）。

したがって、立憲政体とは、必ずしも「憲法に依り行う政体」（当時の通説）という意味ではない。それは、「人民に或る範囲の自由の保障あり統治権の発動に或る範囲の権力の分立あり立法に関して民選議院を有する近世英国の政体及び範を之に取れる諸国の政体を一般に指称するもの」である。かくして、金森は、「立憲政体とは統治権の行動に当たり或る範囲の権力分立の主義を認め従って其の中立法の為には特に民選の議員を包含する議院を参与せしめ而して人民の公権を確保する制を有することを特色とする政体なり」と説く（21 ～ 22頁）。

（2）権力の分立

（ⅰ）三権分立論の沿革

権力分立論について、金森は、まずその沿革から説き起こす。17、8世紀のヨーロッパ諸国においては、君主または貴族が専制政治を行い、土地人民を自らの私有財産の如くに考えるものが多かった。これに対して、人民は「個人の自覚に目覚め自由の伸張」をはかろうとした。それを特徴づけたのが、当時の「個人主義思考」、「自然法思想」である。モンテスキューの権力分立論は、そうした当時の「君主国の形態は之を存続しつつ政治組織の改善に依りて自由の保障を取得せん」（22頁）とする構想であった。

そもそも、ある種の基準に基づいて統治権の作用を数種に分類するの思想は、アリストテレスの「政治学」に認められる。そこでは、「国家の重要なる機関」である公会、官庁及び裁判所の作用に着目して国家統治権の作用に三種類あることが論ぜられている。とはいえ、「統治権の作用を分かちて各作用に相異なる自然人を参与せしむる」とすることを明瞭に論じたのは、ジョン・ロックの「国政論」である。そこでは、立法権、執行権、外交権（宣戦講和、条約締結の権）及び君主特権の４権を区分する。それらのうち、執行権と外交権と君主特権とは同一機関の手に集中すべきだとしても、立法権と執行権とは別の機関に帰属させる必要があるとする。その理由は、(a) 立法にはさほど多くの日数を必要としないので、立法府は常設の機関である必要がなく、(b) これら二権が同一人（機関）の掌中に帰するときは、「法に従わず又は法を自己の私益に供するの虞ありて為に国家及び政府の目的に反し公益を害すべし」と云う点にある。他方で、彼は司法権を独立した権力とは理解せず、これを「立法権の付属」とした。また、彼の理論は、「立法権と執行権との絶対の独立」を説くものではなく、「君主は一方に於いて執行権を行うと共に他面に於いて立法権に付いては議会との共同作用を必要とすること」を説いたものである。要するに彼の説いたところは「独創的に案出したる抽象の理論」ではなく、「当時の英国の議院政治の実際」を反映したものである。

権力分立説を「大成」したのは、名著「法律精神論」を著したモンテスキューである。彼は、そのなかで、イギリスの制度を取り上げ、その実情に拠りながら次のように説く。「政治的自由は権力の濫用ある所に存することを得ず、而して権力の濫用なからしむる為には権力を以て権力を制しむることを要す……各国家に於いては三種の権力あり、立法権、国際法に属する事項を執行する権、国内法に属する事項を執行する権是なり、第一の権力に依り君主又は政府は一時的若しくは恒久的の法を制定し又は既定の法を改廃す、第二の権力に依り彼は戦を宣し和を講じ使節を接受し安寧を保持し外寇を防禦す、第三の権力により彼は犯罪を罰し人民相互の争訟を裁判す、第三の権力を司法権、第二の権力を単に国家執行権と称せん、国民間に於ける政治的自由とは各人が其の安全を意識するよりして生ずる精神の平安を謂う、依って吾人が此の自由を有し

得むが為には各人が相互に他を恐るることなき様なる政治を行はざるべからず、今若し同一の君主又は同一の政府の手中に立法権及び執行権が併せ属せば自由は存在することを得ず、何となれば国民は同一の君主又は同一の議政官が暴政を為さむが為に暴法を制定することあらむを虞るればなり、司法権が立法権及び執行権より分離せざるとき亦同じ、若し司法権が立法権と合すとせむか司法官が立法者たるが故に国民の生命と自由とに対する権力は専横となるべし、若し夫れ其の権力が執行権に合わむか司法官は圧制者の力を有し得るに至るべし、又若し同一の人又は官吏貴族若しくは庶民の同一団にして此の三権即ち法を制定するの権、公の決定を執行するの権及び犯罪若しくは人民間の争訟を裁判するの権を併せ行わむか一切の自由は消滅すべし」と。

このように、モンテスキューは三権の分立を説き、そして、各権を行使すべき人（機関）について、立法権は民選議院と貴族院からなる議会、執行権は「機務を快速に行はざるべからざるが故に多数に委すべからざるを以て之を君主の手に属せしむるべし」とし、さらに、人民の恐れる司法権は「常設の裁判官に委ねずして一定の時期を限りて任期とし且つ法律の定むる要件に応じて人民中より選出せられたる裁判官に委すべきもの」とした（16 ～ 18頁）。

（ii）権力分立説の批評

モンテスキューの上記・三権分立論には、爾来、数多くの非難が浴びせかけられている。すなわち、第１に、権力の分類を不完全だと非難するものがある。モンテスキューの「執行権」はロックの云う外交権であり、今日云うところの行政権ではない。今日意味するところの行政権の大部分は彼の三権中に所在がない。第２の非難は、彼の主張するような権力の分立は、彼が範としたイギリスには存在しないとするものである。けだしイギリスにおいては、国会は立法権の主要勢力であるのみならず、執行権の最高官庁（内閣）もまた、国会の下院多数党により構成され、さらに、その上院は同時に最高裁判所でもあるからだ。第３のそれは、複雑な統治権の作用を三権に截然と分かち、三機関になんら遺漏なく分配することは実際不可能だとするものである。第４のそれは、三機関が全く独立の意思よりなるものとすると、各作用が相互に他と調和し統一しえなくなり、その結果、国家は統一した一個の意思主体でなくなると

するものである。

金森によれば、上記の非難は、すべて至当である。しかし、そのために、モンテスキューの偉業が失われることはない。彼の説は当時のイギリスの憲法制度の誤解を前提としたものが少なくない。しかしながら、「其の着眼点は貴重なる暗示を含み、其の主張は千古の卓見」である。要するに、「彼の知識は誤れり、然れども彼の思想は正し」と理解すべきである（19頁）。

（ⅲ）権力分立論の真意とその影響

金森によれば、モンテスキューは三権の分立を説くが、それらが「互いに統一すべき関係あること」に言及せず、その他の点についても、「不完全不明瞭なる点が多い」。とはいえ、その権力分立論の真意は、次の金森の言葉に尽くされている。

「国家統治権は唯一不可分のものにして又最高独立のものなり、而して之が根本発現者たる統治権の総覧者は当然の性質上最高独立のものにして其の統治権総覧の形式を如何にすべきかは本来其の定むる所なり、然れども統治権の発動は其の目的たる国家の存在発達に最適当なる方法に於いてせずんば政策上不可なり、而して国家の存立発達に最適当なる統治権行動の方法は統治権の作用中主要なる立法、司法、行政の作用に付いては各作用の発動に付き比較的互いに独立せる自然人の意思を参与せしめ、依って以て国政の妥当公正を期し国政上の諸般の弊害の発生を防止することを適当とす、故に其の方法として或る種の法の制定には民選の議員を包含する議会を参与せしめ、民事刑事の裁判には一般行政に参与する者より比較的に独立せる裁判官を参与せしめ、而して行政は大体に於いて議会及び裁判官と独立せる者をして之に参与せしむべし」と。

要するに、権力分立とは統治権それ自体を分割するものでもなければ、統治権の作用を明瞭に三種のみに区分しうるというものでもなく、また、三権の発動について相互に全く無関係に自然人を参加させるというものでもないとするならば、三権分立は国家の本質上必然だとするものでもない（20頁）。

モンテスキューの三権分立論は政治的自由を「渇望」する当時の欧米諸国民を動かし、北アメリカ諸州の憲法と合衆国憲法の制定に際しこの理論を採用し、次いで、ヨーロッパ大陸諸国の憲法も、これを採用して、

それ以外の地域の諸国憲法も、その影響を受けている。

（iv）立憲政体の態様

立憲政体は上記・権力分立論に拠るものであるが、権力分立は大原則を指示するに過ぎず、現実には各国憲法においてその「歴史」や「国情」に依って様々な形態を示している。その際、留意すべきは「司法権の分立」であり、これは裁判所（官）という司法権を行使する機関の独立として立憲政体を有する諸国で共通し、多様な形態をとるものではない。そのことは、イギリスのように最高裁判所が貴族院にある場合でも、司法権と立法権との「紛更」が存在しないことからも明らかである。

立憲政体を有する諸国の間でその形態に顕著な差異が認められるのは、立法権と行政権、すなわち議会と政府との関係についてである。この点を基準として立憲政体の態様を摘出するならば、現今、次の三種の態様が認められる。

①分権政治　合衆国憲法においては、三権分立の原則を厳格に保持し、ことに政府と議会とは完全に分離して官吏と議員との兼職は許されず、大臣は議院に出席して発言することができず、議院は大臣を問責してその進退を決することができず、立法権は議会に専属し、大統領は拒否権を保持するものの、立法に関与することはできず、法案の議会提出権すら有しない。そこでは、厳格な権力分立原則のもと、大統領と議会との分権政治が行われている。

②議院政治　イギリスにおいては、政府と議院との間で一応の区分はあるが、権力は一方に傾斜し、議院が権力の中心となっている。君主の大権は議院に席を置く大臣の責任においてこれを行い、議院がその責任を問う。そこでは、権力分立原則は形だけのものであって、議院政治が行われており、大臣は実質において議院の任命する執行官である。

③大権政治　わが国の憲法においては、君主の権が政治の中心をなし、政府の大臣は名実共に君主に対してその責に任じ、その進退は憲法上君主の自由な親裁に委ねられている。また、立法作用の本体は君主の裁可にあり、議会はその作用に協賛するにとどまる。他方、憲法上、君主は広汎な事項を大権として自由に明定し、さらに緊急時において自由に応急手段の投ずる権能を有することからして、大権が政治の中心であることは明白である。したがって、議会は憲法上限定された権限を有するに

過ぎない。ただ、政治の実際においては、議会の信任を得ない大臣がその職にあることをえないことからして、上記・議院政治に似たところもある。

立憲政体は上記のごとく、国によって実際には様々な態様がある。したがって、立憲政体の憲法の原則もまた、国によって大いに異なるところがあるものと理解すべきである。それゆえ、みだりに他国の憲法、ことに「或る種の人が為すが如く英国の憲法の如きを援き来たりて我が憲法を直ちに説明することが甚だ不当なる結果を生ずることをあるべきを想像するに難からざるなり」(23 ～ 24頁)。

3）人民の権利・自由の確保

（1）国家統治権と臣民の関係

次に、立憲政体を組成するもう一つの支柱である、「人民の公権の確保」について、金森の理解するところを摘示しておこう。

そもそも、国家は「特定ノ自然人」によって組織される。国家の「構成要素」たる自然人には、統治権の総覧者（天皇）と皇族およびその他の者がある。後二者は統治権の総覧者と区別して理論上「臣民」にとされる。しかし、わが憲法典にいう「臣民」には皇族は含まれず、一般人民のみが「臣民」とされる（122頁）。

臣民の性質は、一体としては「本来の団体」たる国家を構成し、各独立しては国家統治権に完全に服従する点にある。これは、臣民がこの二者に分岐するというのではなく、同一人が国家に対する関係においてこの二方面を有するということである。すなわち、臣民はある面では「国家に合一」し、またある面では「国家と対立」する。そして、完全に服従するとは、「特定の時に限り又は特定の所に限ると云うが如き条件なく無制限に従すること」である。この点で外国人とは異なる。外国人の場合、領土内に滞在中はその地の領土高権に服するが、しかし、一旦領土を離れれば服従関係を脱する。これに対して、臣民は、いかなる場所にあっても統治権を離脱することはない。

臣民が本質上国家の統治権に服従する関係は上記のように無制限であるというのは、少しも奇異なことではない。各個人は本来国家団体を構

成し一体をなすものであって、先天的に個人独立の存在をなすものではないからである（122 ～ 123頁）。

（2）服従と自由

金森によれば、臣民が国家に服従するのは、上記の如く自ら組成する国家団体と一体をなすという臣民「本来の性質」に基づくものであって、国家の保護を得るために自ら任意に服従するのでもなければ、国家の威を恐れその害悪を避けるために服従するものでもない。また、特殊な理由で国家に服従することもあり得るが、それは本質ではなく一時の現象に過ぎない。ルソーは「人は自由に生まれたり」と語り、その天賦自由の思想は近代の立憲運動の発端となった。しかしながら、そもそも国家がなければ自由もなく、そこにあるのは「強食弱肉」のみであり、「雑然たる人群」あるのみである。すなわち、「服従ありて国家あり」であって、「自由の確保」は「天賦の服従」の結果である（123 ～ 124頁）。

（3）臣民の公権

（ⅰ）人の法律上の状態

金森によれば、人の状態には「自然状態」以外に「法律上の状態」がある。なぜなら、人の行為を規律する法規を以てその法規に基づいて種々の状態が発生するからである。そうした法律上の状態には種々のものがありうるが、大別すれば、ある行為を「為すことを正当とする状態」と、ある行為を「為し又は為さざることを不当なりとする状態」とがある。この二者が「権利義務」と称されるものである（通論101 ～ 102頁）。

（ⅱ）権利

権利とは、ある行為を為すことを正当とする人の法律上の状態である。これを詳述すれば、以下のようになる。

まず、権利は「法律上の状態」であり、したがって、「法」ないし「法律」がなければ「権利」もない。この点において、「権力」と区別される。もとより権力行為と権利行為とが実際に合一することもあるが、前者は法律の存在を前提にしない観念であり、後者は法律に基づいて存在する観念である。

次に、ある行為を為すことを正当とするのは、法律がその行為を為す

ことを是認するからである。したがって、行為に関係しないものは権利ではない。たとえば権利能力は権利ではない。それは、ただ権利義務が付着し得る状態に過ぎず、なんら行為に関するものではないからである。また、法律がある行為をなすことを必要とする場合、すなわち義務は権利ではない（通論102～103頁）。

（ⅲ）公権

①公権と私権　権利は「公権」と「私権」とに区別される。区別の指標は、ある権利が公法に依って正当化される法律上の状態であるか、それとも私法によって正当化された人の法律上の状態であるかの点にある。そして、公法私法の区別は本来支配関係を規定したものか否かによって定まる。したがって、公権は支配関係において存在する権利であり、私権は対等関係において存在する権利である。例えば、私人相互における債権や私人間の対等関係を基礎とする物権などは私権である。他方、支配関係における国家の租税徴収権、刑罰権、臣民の有する訴権、訴願権などは公権である。また、国家と臣民との間における物品払い下げや請負等に関する権利は対等関係におけるものであるがゆえに私権である（通論105頁）。

②臣民の公権の存在　臣民が国家に対して上記・公権を保持しうることは明らかである。なぜなら、国権（国家の意思）はその本質上絶対最高のものだとしても、その絶対最高の意思に基づいて法律を制定し、臣民の国家に対する権利を設定し、国家もまた、その拘束を受けることが法的に可能だからである。むしろ、臣民の公権を定めその行動可能の範囲を確立することは、「国家発達の要諦」である。それゆえ、立憲政体の国においては、臣民の公権が尊重される。すなわち、臣民の公権の保障は立憲制の支柱の一つとされるのである。もとより、臣民の公権の全部を憲法に規定する必要はないとしても、その主要なものは憲法に規定してその変更を難しくすることは「策の得たるもの」である。わが憲法もこの趣旨により、第２章においてその主要なものを規定している（131～132頁）。

③臣民の公権の分類　臣民が国家に対して有する公権には、自由権、行為請求権そして参政権の三種がある。自由権の内容は、消極的に国権の干渉を排斥することにある。行為請求権は、積極的に国家のある動作

を要求することにある。そして、参政権は、国家のある動作に参与することにある。ここで「参与」とは、その動作の基礎をなす国家意思の決定に自己の個人意思を参加させることを云う。そもそも臣民各人の意思は「根本に於いて国家意思の成立に参与する」ものであるが、ここに云う「参与」は、「此の性質に基づき多少顕著なる形に於ける参与を指す」(132頁)。

(4) 自由権

(i) 自由権を認める一般的理由

臣民の自由権の主要なものは、特に憲法(わが憲法の場合は第2章)に規定することでそれらを保障している。近代憲法において自由権の主要なものが列記されたのは、18世紀の天賦人権論に起因する。沿革的に言えば自由権を明定することが欧米憲法の主要な目的であった。たとえば1789年のフランス憲法制定会議の発した「人権及び国民権宣言」には、「人は出生及び生存に於いて自由及び平等を有す」「凡ての政治的結合の目的は人の天賦且つ不可譲の権利を保持するに在り」と云った文言が含まれている。また、これより先に北米合衆国独立以前において各州で制定された権利章典でも同様の事項が規定されていた。たとえば、1776年のヴァージニア権利章典においては「凡ての人は自然に於いて平等、自由且つ独立にして或る先天の権利を有す、此等の権利は其の社会状態に入るに当たり如何なる拘束を以てするも其の子孫により奪い又剥ぐことを得ず、其の権利とは即ち生命及び自由を享受し財産を取得及び所有し並びに幸福及び安全を求得すべき手段を有すること是なり」と明記されていた。

もとより天賦人権の思想は必ずしも18世紀の産物ではなく、古くから存在するところであり、すでに古代ギリシャの学説にこれを認めることができ、また、中世の自然法学者によって展開させられ、16世紀及び17世紀のイギリス憲政において顕著な発展をみたものである。しかしながら、その思想が著しく勢力を得たのは、ルソーの「民約説」に代表されるように、18世紀になってからである。こうしてかの思想は大きな影響力を行使し、19世紀に制定された諸国の憲法は人民の自由を保障する。わが憲法典の内容上の模範とされる1831年のベルギー憲法、1850年の旧

プロイセン憲法もまた、人民（臣民）の自由の保障している。そして、わが憲法典もまた同様の規定を有する（133 ～ 134頁）。

しかしながら、これら自由保障の規定について、天賦人権説の沿革からしてわが国の憲法の趣旨もまた18世紀の思想である「天賦の自由」を宣言したものだと解してはならない。すなわち、それは「絶対独存の個人」の「絶対の自由」ではない。そもそも「個人は宇宙と調和し世界とも調和し国家と調和し其の他百般の拘束を受けて之と調和して存在す」。今日の思想の発達は、国家という団体本来の存在を深く意識させる。すなわち、「今に於いては国家を最高の存在と思考す」。かくして国家が最高の存在であるならば、個人の自由は絶対的ではなく、その自由は国家と調和するところに存在する。その際、個人の自由を「或る限度に於いて」認めることが国家を発達させる所以である。なぜなら「個人の存在発達を離れて国家を発達せしむるに由なく、個人の存在発達の為には即ち其の自由の保障を要すべければなり」。したがって、個人の自由尊重は「絶対の論」ではなくて「相対の論」である。わが憲法の規定もこの趣旨で理解すべきである（135頁）。

（ii）自由権の内容

わが憲法において明定する自由権は、居住移転の自由、身体の自由、住居不可侵の自由、信書の秘密不可侵の自由、所有権不可侵の自由、信教の自由、言論著作印行集会結社の自由である。

自由権の内容に関して注意すべきは、次の諸点である。(a) これらの自由権は私人相互の間において「互に相侵すべきことなきを定むる所謂私人的自由権」ではなく、「公権力が国民の自由を侵すことなき意味に於いての所謂国民的自由権」である。(b) わが憲法典で規定されている自由権は、例示的ではなく、制限的である。すなわち、わが憲法は自由権を広汎に認めるものではなく、特定の自由権に限定して認めるものである。この理解にはもとより異説もあるが、「権力分立の趣旨より按じ且大権政治の趣旨より按じて淡泊に斯く解す」。(c) 自由権の効力は多くの場合において法律に対抗することを得ず、ただ行政権に対抗し得るものである。すなわち、法律によって自由権の範囲を伸縮させることが可能である。したがって、アメリカ合衆国憲法の規定する自由権のように、法律に対抗することができるものではない。ただし、後述のごとく、

わが憲法の自由権にも少数であるが、法律に対抗することを得る（135～136頁）。

（ⅲ）信教の自由

金森が法律に対抗しうる憲法上の自由権とするのは、おそらく「日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限リ於テ信教ノ自由ヲ有ス」と規定した憲法第28条であると思われる。

金森によれば、憲法第28条が保障する「信教の自由」とは、国家が直接または間接に各人の宗教の信仰について強制しないことを意味する。そして、この自由のなかには「宗教選択の自由」、「改宗の自由」、「無宗教の自由」そして「礼拝の自由」が含まれる。「礼拝の自由」には、自ら欲する礼拝をなしうることと自己の欲しない礼拝を強制されないことの両者が含まれる。

そもそも信教は、それがもっぱら精神内部の信仰の作用たるにとどまる間は、国法の干渉すべき性質のものではなく、もとより全く自由なものとして認められるべきであるが、しかし、それが外部に行為として現れる場合には少なからず共同生活に関係するところから、かかる行為に対し「適当な制限」が加わるのは止むをえない。すなわち、もし安寧秩序を妨げまたは臣民たるの義務に背く場合においては、その自由もまた制限を受けることがありうる。そして、この自由は、他の自由権とは異なり、「法律を以て制限すると限らず命令を以ても亦之を制限することを得」。しかしながら、その制限は上記の条件の場合に限定される。従って、例えば「単に積極的に臣民の幸福を増進せしむが為に特定の宗教の信仰を強制することを得ざるなり」（151～152頁）。

こう述べたうえで、金森は、宗教の特性に説き及ぶ。人には宗教的感情があり、そして、人の世には宗教的形式がある。そして、宗教は、その性質上、人が感覚または経験を超越した、人類以外の実在を信ずるものであるところからして、その「正邪優劣を理を以て決定すること」は容易でない。また、かりにこれを決定するとしても、その決定に各人を従わせることもまた容易ではない。こうして、宗教は、一方で「理知を以て臨み易からざる性質を有する」とともに他方で「人心の機微」に接する。「天地の広大なる、知識は暗中の一点火の如くにして多く依頼するに足らず。されば何とは知らず自己よりも大なる実在に憑依する感情

が躍動すること多きは自然の勢なり」。このように宗教の勢力は社会的にきわめて強大であって、しかもその傾向によっては時として多大の害悪を生ずることもある。ヨーロッパの歴史を見ると、古来、宗教が政治上の紛争を引き起こしたことも稀ではない。「英雄の興亡、民族の衰移は多く宗教の為の流血を以て飾られたり」(152頁)。

以上のような宗教の特性から、諸国は、これまで宗教政策に意を用いてきた。その政策は次の三種に大別することができる。(a)政教一致制、(b) 公認教制、(c) 政教分離制がそれである。(a) の政教一致制は、政治と宗教とが同一の支配者によって主宰される制度であり、それには (x) 宗教を主要な地位に置く教国制と (y) 政治を主要な地位に置く国教制の二つがある。しかし、何れもいまの文明国では行われ得ない。(b) の公認教制は国家がとくにある宗教を公認してこれに保護を与えるものの、他の宗教の存在ももとより容認する制度であり、イギリスがその例である。(c) の政教分離制は、国家が宗教に対して原則として干渉または特殊な保護をなすことなく、ただ公共の安寧秩序と相容れない場合にのみ、制限を加えるに過ぎない制度である。アメリカ合衆国の制度がその例である。わが憲法で認められた信仰の自由は、政教一致の制度 (上記 (i)) を除く他の二制 (上記 (b) (c)) と矛盾しない。そして、我が国の現在の実情は (c) の政教分離制に近い (153頁)。

上記・末尾の記述から、金森は、たとえば官立学校における宗教教育や生徒・学生の神社参拝の強制等を憲法第28条の保障する信教の自由に反するものと理解していたことが読みとれる。英法専攻の面目躍如たるものがある。

4）裁判所の法令審査について

（1）司法と裁判

金森によれば、憲法第57条の「司法権」とは「民事刑事の裁判を行う権限」を意味する。「司法」について、法を適用して特定の事項につき法律関係を決定すると理解するのは広すぎる。けだし、行政官庁の行う行政処分もその大部分は特定の事項に対する法の適用であるからである (252頁)。

また、裁判とは、抽象的の法規を具体的の事実に適用し、その具体的の事実に関する具体的法律関係を確定する国家権力の作用であり、その権力作用に着目するものである。法規の適用により法律関係を確定することは行政の領域においても多数存在し、そうした行政の権力作用を裁判とは云わない。裁判は、裁判機関の分離もしくは裁判手続の発達等によって「独立の一体」としてその法規の適用がなされるものである。したがって、裁判以外の法規の適用との差異は、程度の差に過ぎず、両者の間に本質上の区別は存在しない（252 ～ 253頁）。

もとより上記のごとく、司法権を民事刑事の裁判に限定するのは、ヨーロッパ大陸の立憲制度の沿革に基づくものである。すなわち、そこでの三権分立思想は、民事刑事の裁判を行政権と区別し、裁判機関の独立性を確保する趣旨に出たものであり、その結果、憲法上の機関として裁判所に関する特定の規定が設けられているのである。イギリスの裁判所は行政訴訟をも裁判する点において大陸のそれとは異なる。わが憲法の「司法」の語が行政訴訟を含まないのは、上記・大陸法を範型とした沿革上の理由のほか、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」とする憲法第62条からしても明らかである（p.253）。

（2）裁判所の法令審査権

そもそも裁判所は法を適用することがその職責である。そして、法の本質は抽象的の規則であり、五感に触れる形式を有するものではないが、成文法にあってはその法の淵源は成文の形式を採る。この場合、ある抽象的規則が有効に存在するか否かを明らかにするには、その規則の淵源である成文が有効に成立したか否かを調査する必要がある。それゆえ、裁判所が法を適用する場合には、その淵源である法律命令の効力を審査する必要ある。こうして、裁判所はいかなる範囲において法令の有効無効を審査すべきかという問題が生ずることになる。

すなわち、裁判官は法を適用するのであって、法に非ざるものを適用するわけにはいかない。そして、有効な法の存在は客観的事実であり、「独り裁判官に取りて相対的に有効又は無効なる法あるべき理由なし」。

したがって、法令の有効無効を審査するは、裁判官だけに限定する理由はなく、また裁判官と其の他の者とに於いてその結論を異にするを認める理由はない。要するに、裁判官は客観的に有効な法を適用すべきである（264頁）。

（3）法令の形式と実質

そこで、法律命令の有効無効を審査するには、まずその形式的方面と実質的方面とに分けて考えるのが便宜である。そして、法令の形式は、さらにその制定の形式と公布の形式とに分けて考えることができる。たとえば法律については、その制定には帝国議会の協賛を経て天皇がこれを裁可し国務大臣の副署の存することが必要であり、公布については公式令の定める形式を具えて官報に掲載されることが要請される。これらの形式が整っている場合は問題ないが、もし、それらの形式のどこかに不備があれば、「果して其の法が有効なりや否やの問題を生ず」。

他方、法令の実質はまったく自由なものではなく、憲法によって拘束されて種々の制限を受ける。たとえば、議員の院内における表決について院外において刑罰を科するような、憲法第52条と合致しない実質を有する法令を設けることはできない。また、憲法第９条の命令によって法律を変更することは許されない。これらの制限に反しない法令については問題ないが、もし、これら制限に反する点がある場合には、その法令が有効か否かの問題が生ずることになる（264 ～ 265頁）。

（4）形式上の違法

（ⅰ）副署のない法律勅令の効力

憲法第55条第２項によれば、国務に関する法律勅令は必ず国務大臣の副署を必要とする。したがって、副署を欠く法律勅令は「違式」である。しかしながら、そのために効力がないか否かの点については明文に規定はない。とはいえ、副署は憲法上及び立憲制度上の重大なる価値を有する形式事項であることを考えれば、国務に関する法律勅令としての効力はないものと解すべきである。

（ⅱ）議会の協賛を経ない法律の効力

議会の協賛が法律成立に不可欠の条件であることは、憲法第37条によ

り明らかである。したがって、議会の協賛を経ない法律はその効力が生ずることはない。それゆえ、法律が有効か否かを決するために、議会の協賛があったか否かを調査するのは正当である。裁判官がこれを調査することはできないとする者があるが、理由なし。ただ、どのような場合において協賛があったとするかは「一の重大なる問題」であり、議決方法その他に多少の違法があったとしても「必ずしも直ちに協賛なきものと云うを得ざるべし」。

（ⅲ）枢密顧問の諮詢を欠く法令

枢密院官制第６条によって枢密顧問の諮詢を経るを通常とする法令について、その諮詢を経ないものも効力に影響はないと解す。けだし、諮詢は憲法上絶対必要の要件ではないからである。かりに必要だとしても、それは参考のために意見を進言するに止まるものであり、その意思表示の内容に重大なる効果があるものではないからである（265 ～ 266頁）。

（５）実質上の違法

法律命令は憲法を改廃することができない。しかしながら、憲法の性質は国家組織の根本法を定めるものであるがゆえに、憲法は法律命令よりもその形式的効力が強いということではない。現にイギリスの憲法的規定は通常の法律によって改廃されうるからである。憲法の効力が法律命令よりもその効力が強いと云うは、その憲法自身の定めるところによって推論するほかない。わが憲法は硬性憲法であって、その改正には特別に慎重な手続を経ることを要し、その廃止はこれを認めていない。したがって、いまもし法律命令によってこの憲法を廃止変更しうるものとすれば、硬性憲法としての実質はなんら意味をなさないものとなる。それゆえ、法律命令をもってしてはわが憲法を改廃することはできないのである。

他方、わが憲法上なんらの制限も付されていないことからして、憲法を以て法律命令の規定しうる事項を自ら規定することはまったく支障がない。そして、法律命令の形式及び効力は憲法に由来するものであり、憲法はこれらのものと憲法との効力の関係を別に定めていないことを見れば、憲法をもって法律命令を改廃しえないと解することはできない。したがって、憲法をもって法律命令を改廃しうると解す（68 ～ 69頁）。

法律命令について、それが憲法に違反する実質を有するものはその範囲に於いては効力を有し得ないことは、上記法律命令と憲法との形式的効力の差異により明らかである。したがって、裁判官もまた、法律命令の適用に際して、それが憲法に抵触していないか否かを識別し、その効力を決すべきは当然である。命令については反対説は殆どないが、法律については有力な反対説がある。その理由は、上記の如く裁判官が法律を審査し得ると解するならば、司法権を以て立法権を害する結果を生じ、三権分立の趣旨に反するとなすものである。しかしながら、その法律審査は、司法権が法律を廃止変更するのではなく、裁判において無効の法律を適用しないだけであり、したがって、決して権力分立の趣旨を害するものではない（266 ～ 267頁）。

オーストリアの憲法は「裁判所は正当に公布したる法律の効力を審査する権を有せず」と明記しているので、わが憲法とその解釈は異なる。また、フランス・ベルギー等においては「議会を以て権力の中心として議会の決する所は裁判所も亦之に依らざるべからず」とするがゆえに、そこでの学説は一般に法律の審査権を認めない。しかし、それはわが国と憲法体制を異にするものであり、わが憲法の解釈に直結するものではない。他方、アメリカ合衆国、メキシコ及び南米の諸国においては裁判官は憲法に反する法律を無効だ判断して適用しないものとする（267 ～ 268頁）。

むすびにかえて

とりあえず、以下のことを指摘しておきたい。

まず金森が、1946年９月23日開催の第90回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会（以下「貴院特別委」）における答弁において、裁判所の「法律審査」権（現憲法第81条）に対して提示された主要な批判を取り上げ、大要、次のように応答していることとの関連である。

第１に、裁判所に法律審査の権能を与えることは三権分立の趣旨に違反するとの指摘に対して、「若し三権分立と云うことを、固定したる三つの権能が全然縄張りを異にすると云う立場を執る」なら、そうした批判の余地もあるが、しかし、三権分立には「自ら一定の幅」があり、「諸

国必ずしも一つの原理に拠って居ない」し、また「それにこだわるべき憲法上の要請もない訳」であるから、それぞれの憲法が適宜、妥当な定めを置けばよい、とした金森の答弁である。戦前のわが裁判所の解釈に従って、今回の制度を理解するならば、「憲法に違反した法律が出来ましても、それは国民に対して規範力を持って来ることになる」が、しかし、それは新憲法の「精神には合わない」。それゆえ、「今回の草案に於きましては、法律と憲法との二つが相背馳するならば、憲法に拠ると云う原則を最高裁判所を通して、はっきりさせるやうにしなければならぬ」ということで、「裁判所に左様な解釈権がある」とするのである。

第２に、裁判所による法律審査は、立法機関たる国会を「国権の最高機関」とする憲法に違反するのではないかとの主張について、金森は、そもそも「憲法は各条文が相対立して、お互いに連絡して解釈されるものである」からして、国会が「国権の最高機関」であっても、「それに特別な規定として、又此の憲法が最高裁判所の〔法律審査〕権限を決めますれば、ものの道理に於いて差し支はない、憲法違反と云うようなことは起こって来ない」とする。しかも、その審査権限は、「裁判に必要なる範囲に於いて、其の法律の解釈を決定するのでありますから、唯議会の権能を正面から破壊するのでは」ないとし、上記・批判も当たらないとしている。

こうした金森の応答は、英法研究から修得した法解釈の技法、そして要綱で展開していた権力分立・法令審査に関する彼の理解からすれば、ごく自然に導き出しうるところであったと言えるのではなかろうか。

金森は、また、個人と団体（全体）との関係について、「人類は「個人」として存在すると同時に「団体」としての存在する。それゆえ、単に「個人本位の生存」を以て「人類究極の本義」と考えること、また、「団体本位の生存」を「人類究極の本義」と考えることの何れも誤りであって、人類は「団体及び個人の調和的生存」を以て究極の本義と為すものと考えるのが相当である」（上記**２）（１）（ⅲ）**参照）との理解を示している。この理解との関連で、憲法第13条の「公共の福祉」に関する次の議会答弁（1946年９月16日貴院特別委）が注目に値する。「この憲法の建前が、第一義的に国民の一人一人と云うものの人格の尊重と云うことを眼目として居ります。併しながらそれは一人一人の人格のみが尊重せられるべ

しと云う訳ではなくて、国民全般の各々の人格が尊重せれるべしと云うことに当然なろうと思います。そうすると……各個人の権利を大事に致しますれば、各個人の集積である所の国民全般の利益と言いますか、或はその本来主張せむとする所と云うものと打突かって来る場面が起こって来ると思って居ります」。この「打突か〔り〕」場面において「個人」と「全体」の「調整」をはかるのが「公共の福祉」だとするのである。そこでは、要綱における「個人」と「団体」について原理的考察が「公共の福祉」の理解に生かされていると言えるであろう。

さらに、金森が、法律家として、明治憲法１条および４条に明記されている法的意味での「国体」は改正憲法によって変わったと云わなければなぬが（９月26日貴院特別委）、天皇を憧れの中心とし、それを基礎にわが国が成り立っている、という国民の一般心理において「わが国体」に些かの変化もないとする（９月６日貴院特別委）としていることとの関連についてである。もとより、これは法律論を超えた政治論であるが、要綱に即した金森の理解としては、時代的に制約された実定制度（明治憲法第１条、第４条）に過ぎないものを「国家の本質」と考えてしまったことによるものだ、という反省の弁になる（高見「解説」著作集Ⅰ337頁参照）。こうした対応の柔軟さのは、次のような金森の解釈手法とも無縁ではないであろう。「国家は人類の本性に基づく団体にして各個人と推感会通ずることを得るものなるを以て立法者たる国家の意思は各人が其の迷うことなき本来の霊能に依り判断し得ざる理由なし。従って其の解釈の方法にも特別の制限あることなく、吾人が国家の意思を察するに適当なりとする一切の方法を用ふべきものなり」（通論91 ～ 91頁）。この手法は、若き金森が英法を学ぶなかで自ずと身につけたものではなかろうか。

シンポジウム

中国における「法律による行政」の原理の継受と変容

王　貴松
松井　直之　訳

「法律による行政」とは、法治行政の中心的な原理の１つであり、行政法を理解するものであり、一国の法治の状況を把握する鍵でもある。しかし、この用語は、今日の中国において政治界や法曹界だけでなく、行政法学界でもあまり知られておらず、使われていない。人々により知られ、よく使われているのは、「法による行政」（依法行政≒法令による行政）である。「法律による行政」が「法による行政」に変わっていくことに着目することで、100年余りの「法律」と「法」の変化及びその背後にある社会の認識の変化だけでなく、国家の理念と権力構造の変化を映し出すことができる。こうした点から、この変遷史を回顧することには、非常に意味があるということができよう。

一、「法律による行政」の原理の旧中国への移植と展開

中国には、もともと「法律による行政」の観念はなかった。「法律による行政」の原理は、清末民初期に日本から伝播し、次第に中国の行政法と行政法学の基本原理の一つになっていった。

（一）「法律による行政」の原理の日本における伝播

日本は、近代化の過程のなかで、欧米に倣い、最終的にドイツを模範とすることにした。当時のドイツでは、法治国と立憲国は同義で、少な

くとも密接不可分のものであった。したがって日本は、ドイツ型の立憲国家を採用する過程のなかで、法治国という単語を自然に継受していった[1]。ドイツと同じように、日本の法治国も法治行政を採用する国家を意味していたのである。

1903年、美濃部達吉は、オットー・マイヤー（Otto Mayer）の *Deutsches Verwaltungsrecht* を日本語に翻訳し、その法治国の思想を積極的に広めた。本書のなかで、マイヤーの法律の支配の三原則は、法律の留保、法律の最強力（＝法律の優位）そして法律の拘束力（＝法律の法規創造力）と翻訳された[2]。当初、美濃部達吉は行政と法律の関係に論及する際、基本的には、オットー・マイヤーの観点、すなわち法律の留保、法律の最強力そして法律の拘束力について直接言及し、命令の限界、処分権の限界のなかで、法律に反してはならないこと、法律の授権がなければ臣民の権利を侵害してはならないことを詳しく説明した[3]。

美濃部達吉は、その後期の著作のなかで、「法律による行政」の原理の内容について簡潔に言及し、それを４つの原則として具体化した。第一に、行政権の作用は法規と抵触してはならない。第二に、行政権は法規の根拠に基づかずに、人民に義務を課し、或いは権利を侵害してはならない。第三に、行政権は法規に基づかずに、法規が規定する特定人の義務を免除し、或いは特定人のために権利を設定してはならない。第四に、法規が行政権の自由裁量を認めたとしても、その裁量権は一定の限界に基づき、一定の内容に従い、法規による制限に従わなければならない[4]。以前の説明と比べると、「法律」が「法規」に入れ替わったのである。

---

[1] 日本の法治国家に対する初期の理解とその変化については、王贵松「法治主义在日本的继受与展开」交大法学2014年第４期、50頁以下、高田敏『法治国家観の展開――法治主義の普遍化的近代化と現代化』（有斐閣、2013年）349頁以下参照。

[2] オットー・マイヤー（美濃部達吉訳）『獨逸行政法（第一巻）』（有斐閣、1903年）124-132頁参照。

[3] 美浓部达吉（熊范舆译述）『行政法总论』（丙午社、1907年）13-17、119-120、140頁参照。

[4] 美浓部达吉（杨开甲译）『日本行政法撮要（上卷）』（民智书局、1933年）15-28頁参照。

彼のいう「法規」とは、国家と人々の間を新たな意思で規律する規範で、双方を拘束する効力を有するものを指す。美濃部は、立法は「法規」を制定する行為であり、行政は「法規」に基づき行われる行為であると考えていたのである。もっとも立憲政治とは、法治主義を原則とする。法治政治とは、「法律」に基づき行われる政治である。行政権の運用も「法律」に基づかなければならず、「法律」に反してはならない。人々の権利義務については、「法律」のみが規定することができる。例外的に、命令や条約が一定の限界のなかで、人々の権利義務について規定することができる。明治憲法は警察命令を広範に認めていたから、人々の自由を制限する命令を下すことができた[5]。明治憲法は、法律と勅令の二元的な立法構造を採用し、法律から独立した緊急勅令や独立命令について規定していたのである。美濃部は、一方で「法律による行政」の原理を堅持したが、他方で明治憲法の規定に基づき、「法律による行政」に例外的な場合が存在するとしたのである。そのうえで、彼は義務の免除或いは権利の設定にも「法規」の根拠が必要であると考えていた。それは、すでに侵害留保の古典的な範疇を超えていたのである。

（二）中国の学術界の「法律による行政」の受容と反駁

美濃部達吉の著作は、清末に中国語に翻訳され、民国期には更に翻訳されて、合計23冊になった[6]。美濃部達吉の行政と法律の関係についての理解は、中国の公法学者にも受容されていったのである。

1920年、鐘賡言（東京大学法学士）は、朝陽大学法律科での講義録を『行政法総論』として刊行した。これは、わが国で最初に中国化された行政法の教材であった[7]。鐘賡言は、美濃部の行政法学を基礎にして、それを展開していった。鐘賡言は、行政命令を法規命令と行政規則の２つに分けた。そして、命令には積極的な限界と消極的な限界があるとした。積極的な限界とは、すべての「法規」は原則的に法律がこれを定めなければならない（法律の法規創造力の原則）ということである。しかし、こ

[5] 同上２、４-５、14-16頁参照。
[6] 王贵松「美浓部达吉与中国的公法学」比较法研究2010年第５期、115-116頁参照。
[7] 王贵松「论近代中国行政法学的起源」法学家2014年第４期、160-163頁参照。

れには２つの例外、すなわち直接憲法に基づく授権と法律に基づく授権がある。消極的な限界とは、先ず、命令は法律に抵触してはならないということである。鐘賡言は、美濃部達吉の著作の翻訳において「法律の最強力」（法律優位の原則）と呼ばれたものを踏襲したのである。次に、憲法上、立法権に特別に留保された事項を命令で規定してはならないということである。これは、美濃部達吉の理論のなかでは「法律の留保」と呼ばれるが、鐘賡言は「立法権の留保」と称した[8]。

白鵬飛（東京大学法学士）は、美濃部達吉の弟子として、1920年代末から1930年代初めの著作において、美濃部達吉の「法律による行政論」をほとんどそのまま掲載していた[9]。1940年代に至ると、馬君碩博士は、それを「行政上の法律支配」或いは「法治行政」と表現した。それらは、内容上、美濃部達吉の観点と大きな違いはないが、５つのことを求めていた。第一に、行政行為は法律を遵守し、抵触してはならない。第二に、人民の自由及び権利を制限し、或いは義務を課すには法律の根拠がなければならない。第三に、人民のために権利を設定し、義務を免除するには法律の根拠がなければならない。第四に、行政上の羈束裁量行為は法規の要求に合致しなければならない。第五に、法律が規定すべき事項を行政命令が規定してはならない[10]。

これと同時に、行政法学界には別の傾向が現れた。そこでは「法による行政」或いは「法規による行政」が主張され、「法律による行政」は適切ではないと考えられたのである。1930年代、範揚（東京大学法学士）は、『行政法総論』のなかで「法による行政」の概念を打ち出した。それは、法治主義の中心思想であり、行政権は「法」の拘束を受けなければならないということである。「いわゆる法による行政とは、法規のもとで行うこと、或いは法規の範囲内で活動することなのである」。法治主義の成立の基礎には、２つの根本的な思想がある。第一に法律平等の思想であり、第二に法による制限の思想であり、法律に基づかなければ、制限してはならないということである。行政権の限界について、彼は美濃部

[8] 钟赓言『钟赓言行政法讲义』（法律出版社、2015年、原版为1927年）60-61頁参照。
[9] 白鹏飞『行政法大纲 上卷总论』（好望书店、1935年）16-22頁参照。
[10] 马君硕『中国行政法总论』（商务印书馆、1947年）49-53頁参照。

達吉の後期の見解を踏襲し、４つに分けて論じた。そのなかで伝統的な法律の留保について、次のように述べている。「法規の根拠がなければ、人民の権利を侵害し、人民に義務を課してはならない」。「行政機関は、権限上賦与されている立法作用のほかは、法律或いは少なくとも命令や慣習法の根拠があることで、人民の自由や財産を制限し、或いはその他の義務を負わせることができる」[11]。当時の訓政時期約法の真意は、法律によらなければ自由や財産を侵害してはならないことにあったが、彼は、それでもなおこのような表現をしたのである。その理由は、「法律」と「法規」の関係に対する理解にあったのかもしれない。『行政法総論』の序言をみると、彼の表現は、「少しは取り入れることができる」と考えた純粋法学の学説とも関連しているようである。

1940年代、明治大学に留学した林紀東は、法治国の歴史的な理解について、次のように指摘した。「行政権は法律に従って行使されるべきであり」、「人民の権利義務に対して、変更を加えるときには原則として法律に従ってこれを為すことができる」。彼は、美濃部達吉の行政権に対する４つの制限を行政法の基本原則としてそのまま受け継いだので、用いる単語も「法律」が「法規」に改められることになったのである[12]。彼は、その後、この変更の理由について、次のように説明している[13]。

> かつての「法律による行政」では、法律の根拠がなければ、行政権は様々な行政行為をしてはならなかった。現代の「法規による行政」では、行政行為の根拠を立法機関が採択した狭義の法律に限らず、憲法、条約、命令なども含む、とするのである。……命令を行政行為の根拠とすることは、以前から既にあった現象であるが、現代では委任立法が発達し、命令の範囲が拡大し、内容も強まっている。命令は、行政権の作用の根拠として、ますます増加している。

---

[11] 范扬『行政法总论』（中国方正出版社、2005年、原为商务印书馆、1937年）24-26頁参照。

[12] 林纪东编著『中国行政法总论』（正中书局、1947年第5版）14-17頁、221頁注９参照。

[13] 林纪东『行政法』（三民书局、1994年再修订版再版）75-76頁。

したがって現代の行政法の基本原則は、「法規による行政」であって、「法律による行政」ではないのである。法律は、その主要な根拠にすぎないのである。

（三）「法による行政」が現れた理由と限界

民国期に、議会制民主主義が確立し、国会、その後の立法院は規範上も事実上も高い権威性を有していた。学術界では、「法律による行政」が主流の意見であったが、その後「法による行政」或いは「法規による行政」が現れてくるようになった。[14]

「法律による行政」から「法による行政」への転換は、主に立法による授権が増加したことによって進んだ。オットー・マイヤーの「法律による行政の原理」も、委任立法の現実を考慮しないわけではなかった。彼は、「法律は、その立法権限を一定の方面、一定の目的のために別の機関に賦与することで、もともと単独で有していた能力を実現することができる。このようにして法規命令と自治が形成されたのである」[15]と明確に指摘している。もっとも、彼が指摘した能力とは法律の法規創造力のことである。その背後には、立憲国家、法治国家の歴史と現実への配慮があったのである。

「法律による行政」から「法による行政」への転換は、当初、方法論上の理由から明確ではなかった。その後1920年代から1930年代にかけて、純粋法学が日本と中国に急速に影響を及ぼした。法と行政の関係について、ドイツの純粋法学者・メルクル（Merkl）は、1927年に政治的、歴史的、制度的、実質的な意味の考察方法と純粋法学から出発した理論的、形式的な意味の考察方法を明確に区分した。純粋法学からみると、法と国家には自同性があり、法現象を統一的に認識する理論的要求に基づき、

[14] また、歴史上、別の意味の「法による行政」がある。その法とは「法律」や「伝統的な法」といった形式的な存在ではなく、より“実質な”或いは“真の”法であるとされる。それを“近代法治主義”の一表現形態と考えることが可能かどうかには、かなり問題がある。藤田宙靖『行政法の基礎理論（上巻）』（有斐閣、2005年）12頁参照。

[15] 〔德〕奥托·迈耶（刘飞译）『德国行政法』（商务印书馆、2002年）69-70頁。

各種の法的活動には一定の体系的地位が与えられるべきであるとされた。あらゆる行政活動は国家の法的活動に帰属すべきであり、上位の法に妥当な根拠を得なければならない。近代立憲国家の行政活動は、上位法としての法律を具体化して執行するものでなければならないのである。あらゆる法的活動は、法的であるならば、上位法に適合しなければならない。行政活動は、法律に適合しなければならないのである。田中二郎は、1938年に執筆した論文で、概念上、２つの立場を区別すべきであると主張した。１つは、法と行政の本質的、法理論的関係を明らかにする「法による行政」或いは「行政の法適合性」であり、もう１つは、法政策から主張される「法律による行政」或いは「行政の法律適合性」である。行政の法適合性の原理は、法理論的な法則であり、あらゆる国家活動を法的活動とする本質から生み出されるので、あらゆる行政領域で妥当する。そして行政の法律適合性の原理は、法政策的な要求であり、法政策に基づく要求であることから、法律と行政の関係に焦点を当てた様々な形態の立法の規定がありうる。もっとも、あらゆる行政が法により行われることを承認したとしても、実定行政法の承認に関する重要な問題は、何がどのような範囲で法律を根拠としなければならないかということである[16]。方法論上の違いは、概念ないし観点、理論の提起の仕方に直接影響する。オットー・マイヤーが体現しているのは、歴史実証主義の観点であり、「法律による行政」の原理が自由主義、民主主義に由来する法治国家の産物であるということができ、メルクルが体現しているのは、論理実証主義の観点であり、「法による行政」が法と行政の論理的結論であるということができよう。しかし、時、場所、事柄により異なる法律の留保について、「法による行政」は合理的な説明をすることができない。法律の留保に対する態度が、「法による行政」と「法律による行政」の重要な分水嶺となるということができるのである。

二、「法律による行政」の原理の新中国における変化

1949年以降、「法律による行政の原理」は、ほとんど梨のつぶてとなっ

[16] 田中二郎『法律による行政の原理』（酒井書店、1954年）12-18頁参照。

た。その原因には様々なものがあるが、ここでは学術的な側面における観念の転換について考察していく。

(一)「法による行政」の原理の学術的な側面における確立

改革開放の初期、法に基づき事務処理することが重視されたが、実際には「法律による行政」が求められることはなかった。1989年、羅豪才は第二部統編教材のなかで「行政法治」の概念を提起し、それを合法性の原則と合理性の原則に分けて理解した。合法性の原則は、次の４つのことを求めている。第一に、いかなる行政職権も法律の授権に基づくことで存在することができる。第二に、いかなる行政職権の行使も法律に基づき、法律を遵守しなければならない。第三に、いかなる行政職権の委任とその運用にも法律の根拠が必要であり、法律の趣旨に合致しなければならない。第四に、これら３つの点に反する行政活動は、事後に法律の許認可がなければ、無管轄権或いは無効を宣告することができる。もっとも、羅豪才のいう「法律」とは、広義の法律を指し、憲法、法律、法規（＝行政法規・政令＋地方性法規・条例）などを含むとされる。合法性の原則の初めの２つの点は、法律の留保と形が似ているが実質は異なるものである。これに対して、彼は次のような解釈を示した[17]。

> 合法性の原則は、「法による行政の原則」と称され、その内容は進化してきた。初期のブルジョア階級国家において、合法性の原則の「法」とは、議会が制定した法律、或いは憲法と議会制定法を指した。その当時の国家事務は多くなく、行政とは消極的に、議会が憲法に基づき制定した法律を行政機関が執行し、その法律執行に対して監督を行うことで、国家の目的を実現するものであるとされた。商品経済の発展に伴い、資本主義国家は全面的に社会に関与し始め、従来の政治体制は新しい状況に適応することができなくなった。このような状況のもと、西側諸国に「委任立法」の現象が現れた。この現象は、今日に至るまで発展し続け衰えることはなかった。「委任立法」の出現は、人々の「法による行政」の観念を変えた。人々は、

[17] 罗豪才主编『行政法学』（中国政法大学出版社、1989年）35、38-39頁参照。

行政とは憲法と議会制定法を遵守するだけでなく、行政立法をも遵守すべきであると考えるようになっていったのである。

これは、前述の林紀東の解釈と似ており、委任立法の現実の影響に着目していた。こうした「法による行政」の認識は、その後の行政法学界の通説となった。ここから我々が見て取ることができるのは、伝統的な「法律による行政」の原理から「法による行政」への変化が30年余りを経て行われてきたということである。

このような傾向と異なるのは、「法による行政」に対する姜明安の理解（1990年）である。「法による行政」が求めるのは、第一に「行政機関が行う一切の活動は法律の授権に基づかなければならない」、第二に「行政行為の内容は法律に合致しなければならず、法律と抵触してはならない」、第三に「行政行為は法定手続に基づいて行われなければならない」ということである[18]。彼は、「法による行政」の「法」には憲法、法律、法規及び規章を含むとするが、政府の行為の最終的な根拠は憲法と法律であるとしている。法規、規章と憲法、法律が抵触したときには、憲法、法律に従わなければならない。憲法、法律は全国人民を代表する機関が制定するもので、全国の人民の意思と利益を反映しているからである[19]。したがって「法による行政」には、純粋法学の要素があり、法の位階と結びつき、伝統的な理論に手続法上の要求を加えたものなのである。2005年、姜明安は、「法による行政」の「法」の範囲をさらに広げた。「法による行政」とは、先ず憲法、法律に基づく行政でなければならず、次に法の明文規定に基づくだけでなく、法の原理、原則にも基づく行政でなければならず、更に行政管理法の規定に基づくだけでなく、行政組織法と行政手続法の規定にも基づく行政でなければならないとする、法による行政管理の実施を政府に求めるものなのである[20]。伝統的な「法律による行政」の原理が規律するのは行政活動であって、行政組織は含まれない。根拠となる法律は行政実体法であって、行政手続法は含まれない。

[18] 姜明安『行政法与行政诉讼法』（中国卓越出版公司、1990年）76-77頁参照。
[19] 姜明安『法治的求索与呐喊 论文卷』（中国人民大学出版社、2012年）262頁参照。
[20] 同上512-514頁参照。

姜明安は、伝統的な「法律による行政」の原理の形式的法治性を大きく打ち破り、行政行為に影響を及ぼす法等を制限するだけでなく、根拠規範、組織規範と制限規範の間の違いを取り除いたのである。

（二）「法による行政」の特質

新中国では、「法による行政」が次第に強調され、誰も「法律による行政」には関心を示さなくなっていった。ところが法治行政は、現実的な行き詰まりに直面することになった。1949年からの30年間、行政活動に関する法規範は全体的に少なく、法律はいうまでもなかった。改革開放後、「法律による行政」は、憲法上の理想としてのレベルにとどまっていた。国家の権力構造のなかで、全国人民代表大会（以下「全人代」とする。）及びその常務委員会は、規範上、最高の地位にある。この規範上の最高の地位は徐々に実現しそうな兆しがあったが[21]、国務院が事実上優位な地位を占めている。全人代及びその常務委員会は、人員が多く、会期が短いなどの構造上の問題があるので、社会に必要な法律を充分に制定することができないからである。国家の発展が均等でなく、複雑な状況のなかで、全人代が制定する法律は原則になってしまった。現在、法律は250件を超えているが、明確で具体的な規定ではなく、行政の多くの領域を充分にカバーできるものではない。全人代及びその常務委員会が行き詰まり、客観的に法律の地位、「法律による行政」を強調することができなくなっているのである。しかしながら国家は、「無法の限りを尽くす」ことができないので、行政ないし国家のなかで法律の占める地位を過度に強調せず、効率的な実用主義で指導し、行政立法の強化を重視し、現実を重んじるようになってきている。そして行政立法の民意の欠如を埋めるため、国家は、行政立法の手続を整え、多くの専門家、大衆の意見を受け入れようとしている。立法法は、行政立法の抽象的審査手続を設け[22]、行政立法の合法律性、合憲性を確保するための制度的な保障を提供している。しかし現実には、その有効な運用に欠けるので、法律の権威を示すことができないでいるのである。

---

[21] 韩大元主编『公法的制度变迁』（北京大学出版社、2009年）193-210頁参照。

[22] 立法法99条参照。

もっとも、法の民主性を強調しなくとも、伝統的な「法律による行政」の原理が軽視してきた法自体の合理性が、却って重視されるようになってきている。学界では、法の執行の厳格さが強調されるが、法を機械的に適用することはできないので、法の目的、原則、さらには法自体の合理性や合憲性を考慮しなければならないとされている。実質的な法治観は、徐々に実務に影響を及ぼすようになり、適正な手続の原則、信頼保護の原則、比例原則など実定化される以前の原則が裁判所の判決のなかでも使用されるようになっているのである。

「法による行政」を強調するとき、行政手続の作用と価値が重視されることになる。これに対し、伝統的な「法律による行政」は、行政実体法を根拠とし、行政権限、行政権を発動する条件など行政権の統制に重きを置いてきた。行政手続を重視するのは、英米式の法治の影響を受けているからであろう。行政手続のなかで当事者、専門家、「大衆」の意見に耳を傾けることは、手続の正当性を示す重要な基準の一つになっている。これは、参加型の手続で行政機関の民主性の不足を埋めることを試みるものである。しかし、それは個別の者の意見に耳を傾けることであり、選挙制度、人民代表大会制度などを通じて形成された国家の一般意思に代えることはできないものである。

注意しなければならないのは、「法による行政」の枠組のもとで、個人の法律の遵守について言及することである。このような意見はしばしばみられ、実務においては「常識」とされる。「法により民を治める」という考え方が現れたのは、「法による行政」の無価値性と関連するからかもしれない。「法律による行政」の価値が取り除かれ、その背後にある立憲主義の原理をも捨てられることで、「法による行政」が変質する可能性があるのである。

三、「法律による行政」に関する現行憲法の立場

「法律による行政」から「法による行政」への変遷は、新中国から始まったのではないが、新中国で徹底されることになった。この変遷は、方法論と関連するだけでなく、現実的背景とも関連している。しかし、この変遷は必ずしも現行憲法の要求するところに合致するとは限らないので

ある。

（一）「法律による行政」と「法による行政」の関係

「法律による行政」と「法による行政」という２つの概念は、２つのことを表している。「法による行政」は、「法律による行政」を強調しなければ、法の民主性に関する要求を失ってしまう。「法律による行政」は、下位法が法律を具体化するものでなければ、行政の無秩序、権力の集中、ひいては専横を引き起こしてしまう。「法による行政」のもとでの法に反してはならないという要求と「法律による行政」のもとでの法律の優位の要求は、法体系の統一性の要求と合わせれば、実質的な違いはなくなる。両者の違いは、おもに「法律による行政」のもとでの法律の留保にある。「法による行政」の「法」のなかには、法律、法規、規章などが含まれており、法令に根拠があれば、私人の合法的な権益を制約することができることになり、法律の留保を含む要求は消えてしまう。このほか、一般的に理解されている法規には法律と行政機関が自ら公布した命令、規章が含まれているから、「法による行政」は概念上、「他律」なものが「自律」なものに変質し、法律と下位規範が入り混じることになるのである[23]。

法政策の点からいうと、歴史の様々な時期によって、強調される重点は異なってくる。ドイツでは、法律が氾濫するなか、一方で憲法による法律の統制が強調され、他方で法律の具体化が強調され、行政裁判所による強力な司法審査が関わることが求められた。これに対し、現在の中国では、法律の制定が全く充分でなく、最低ラインの侵害留保すら実現されていない。そして、法律による下位法、とりわけ行政立法の統制には制度的な不備があり、裁判所は独立性が弱く、力が足りない。「法による行政」といって不正な行政活動を正当化するのは簡単でも、法治国家における民主性の要求を実現するのは難しい。形式的意味の近代的な「法律による行政」の原理を堅持すると同時に、「法律による行政」の原理を憲法秩序のなかに置き、行政権を民主的に正当化することを強調し、法律の合憲性を厳守することが、法治国家における現代的な「法律によ

[23] 吴庚『行政法之理论与实用』（中国人民大学出版社、2005年）52頁脚注８参照。

る行政」の原理なのである。

（二）現行憲法と「法律による行政」

中国の現行憲法を別の角度からみると、その重要な目標の１つとして、人民代表大会制度を真に有効に機能させ、国家権力における人民代表大会の中心的地位を実現することが挙げられる。憲法は行政法規（＝政令）、部門の規章（＝省令）など行政立法の地位を認めている（第89条第１号、第90条第２項）が、法律の地位を強調し（第５条）、全人代常務委員会に行政法規を取り消す権限を賦与し（第67条第７号）、法律優位の原則を確立している。

しかしながら、全人代及びその常務委員会によってどのような事項が規定されるべきかについては、人により見方が異なる。憲法第89条第１項は、国務院が「憲法と法律に基づき……行政法規を制定する」と規定している。行政法規は、法律がない状況のもとで直接制定することができるのか。簡潔にいうと、憲法を直接具体化できるのかについては、学界に様々な意見がある。憲法第58条（全人代及びその常務委員会は国家の立法権を行使する）と第85条を結びつけて理解すると、否定的な見解が出てくる。また憲法第85条は、「中華人民共和国国務院、すなわち中央人民政府は、最高国家権力機関のなかの執行機関であり、最高国家行政機関である」と規定する。1982年憲法改正草案報告には、国家機関について、次のような記述がある[24]。

> 国家機関の設置と職責権限に関する規定は、次の精神を体現しなければならない。すなわち、法律の制定及び重大な問題の決定は、国家権力機関、すなわち全国人民代表大会と地方各級人民代表大会が充分に討論し、民主的に決定し、人民の意思と利益を真に集中し代表しなければならない。これら機関が権限を行使する際には、厳格な責任制を実行し、作業効率の向上を求めなければならない。この責任制は、社会主義的民主の発展、人民による国家権力の行使の

[24] 彭真「关于中华人民共和国宪法修改草案的报告――1982年11月26日在第五届全国人民代表大会第五次会议上的报告」人民日报1982年12月６日、第１版。

保証にとって欠くことができないものである。人民が国家権力機関を通じて決定した後、これらの決定は行政機関により迅速、有効に執行されることで、人民の意思は実現されるのである。

これは、人民代表大会と行政機関の決定と執行に関する基本的関係を簡潔に述べている。国務院の執行機関としての地位は、1954年憲法に由来する。1954年憲法の制定時、「執行」という単語の意味について討論されることはなかった[25]。1982年憲法は、この規定をそのまま継承した。憲法制定に関わり、憲法改正に参加した許崇徳は、「最高国家権力機関のなかの執行機関」を次のように解する[26]。

国務院は、最高国家権力機関のなかの執行機関である。それは、最高国家権力機関の決定に背いて国家事務を処理することができず、最高国家権力機関が承認しないことを行うこともできない。

しかし同時に、国務院は「最高国家行政機関」でもある。許崇徳の解釈は、次のとおりである[27]。

国務院が行政法規・決定と命令を制定することは、行政権の行使であって、国家の立法活動ではなく、国家の立法権の行使でもない。……一般的にいうと、執行（executive）と行政（administrative）は往々にして、国務院の業務の同一過程にあり、両者の性格は基本的に同じであるが、一定の違いも存在する。執行とは最高国家権力機関が採択した法律と決議を国務院が実施することを指し、行政とは国務院の業務のうち性質上国家の立法と異なるものを指し、裁判や検察でもなく、国家事務に関して行政管理を行うことである。国務院は、執行の過程或いは国家事務の行政管理の過程のなかで、行政

[25] 1954年憲法第47条に関する討論の状況については、许崇德『中华人民共和国宪法史』（福建人民出版社、2003年）332-339頁参照。
[26] 许崇德主编『中国宪法』（中国人民大学出版社、2010年第４版）173頁。
[27] 同上173-174頁。

政策を策定し、行政措置を定める権限を有するのである。

この説明を総合すると、執行は、憲法上、法律や決議がなければならず、法律に反してはならないということになる。国務院は行政法規を制定する権限を有するが、行政法規は執行の一方法なのである[28]。

四、「法律による行政」の内容的構造――法律の法規創造力の原則を中心として

これまで、主に中国における「法律による行政」の原理の状況を検討してきた。なお、「法律による行政」の「法律」と「法による行政」の「法」の関係については、更なる検討を要する。これは、主に法律と行政立法の関係として現れてくる[29]。「法律による行政」の原理における「法律の法規創造力」の原則が中国で成り立ちうるかに関する問題としてである。「法律の法規創造力」は「法律の支配の直接的内容を明らかにするもの」[30]だからである。

（一）法律の法規創造力の原則の継受

ドイツにおける法律の法規創造力に関する理論は、清末民初期に導入され、学術界及び実定法において一定の肯定的評価を得ていた。美濃部

---

[28] 許崇徳は、「国務院は全国人民代表大会の授権を受けて、臨時的な規定・条例を定めることができるが、これは国家行政機関としての国務院の性格を変えるものではない。」と指摘した（同上175頁）。なお、これは「行政＝法律の執行」を意味するかどうか、行政は自主的な領域が何もないか、さらに分析する必要がある。その関連研究として、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第３版』（有斐閣、2013年）358頁、高木光「法律の執行――行政概念の一断面」高木光ほか編『行政法学の未来に向けて：阿部泰隆先生古稀記念』（有斐閣、2012年）21頁以下参照。

[29] 中国の現在の状態について、日本人学者による関連研究として、上拂耕生「中国の行政立法と『依法行政』（法による行政）原則」アドミニストレーション11巻１・２号（2004年）１頁以下参照。

[30] 塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣、1962年）111頁。

達吉の『行政法講義』は、1907年に中国語に翻訳され、『行政法総論』として出版された。彼は、オットー・マイヤーの「法律の法規創造力」を法律の拘束力と称した。いわゆる法規（Rechtssatz）とは、国家と臣民の間或いは個人相互間の意思の境界線を規定するものであり、一般的な拘束力に関する抽象的な法則を指す。法規は、対外的及び対内的な二重の拘束力を有し、対内的な効果だけを有する訓令と区別される。法規の拘束力の特別なところは、その一般性にある。それに合致するものはすべて、一般的に拘束を受ける。このような拘束力は、法規だけが有するのである。法規は、法律で以って制定することが原則である。しかし法律の内容は、法規に限られるわけではなく、行政行為、注意、勧告などについて規定することもできる。そして後者は、法律の拘束力を有するものではない[31]。明らかに、美濃部達吉はマイヤーの理論を継受していたが、同時にラーバント（Paul Laband）の二重法律概念の影響も受けていた。マイヤーの法律支配の三原則で法律の拘束力が最も分かりにくく、そのうえ近代中国には「法律の法規創造力」という概念が存在しなかった。したがって、近代中国では約10年にわたり、この原則について言及されることはなかった。

1920年代、鐘賡言は、次のように指摘した。「法規を設ける目的の作用を、立法という。法規を維持する目的の作用を、司法という。法規の範囲内で国家の目的を実行する作用を、すなわち行政というなり」。「法規は、原則的には立法権の作用であるから、命令で以ってこれを制定してはならない。命令権で以って法規を制定することは、ほとんど例外に属することであり、しかもこのような例外事項は、予定された限度内のものであるから、そうした行為だけが有効であると考えられる」[32]。ここには、マイヤーと美濃部達吉の影響をみることができる。1930年代には、範揚も、法律が行政を拘束する原則を実効的にしたいならば、まず憲法

[31] 前掲註３、２、16-17頁。美濃部達吉の後の変化及び日本における関連学説の移り変わりは、松戸浩「法律の法規創造力の概念に就いて・続――我国学説における受容と変容」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』（青林書院、2008年）147頁以下参照。

[32] 前掲註８、25、57頁。

において行政機関による立法を制限すべきであり、人民の自由を制限し、人民の権利義務を規律する事項を立法機関に留保すべきである[33]、と指摘した。ここには、アンシュッツ（G. Anschütz）の学説の影響をみることができる。当時の学説の多くは、法律の法規創造力を原則として取扱い、例外を多く留保していた。もっとも、近代中国の行政法学には「法律の法規創造力」の原則という用語は存在しなかった。このことにより、近代中国における「法律の法規創造力」の原則の伝播は、一定の負の影響を受けることになったのである。

実定法について、近代中国では、欽定憲法大綱（1908年）が皇帝の独立命令権を認め[34]、中華民国約法（1914年）が大総統の独立命令権を認めていたが[35]、それら以外は行政機関が独立命令権を有することを認めていなかった。たとえば中華民国臨時約法（1912年）第31条は、「臨時大総統は法律を執行するため、或いは法律の委任に基づき、命令を発し、またはこれを発布することができる」と明確に規定していた。さらに1923年憲法第80条も、「大総統は法律を執行するため、或いは法律の委任に基づき、命令を発することができる」と規定していた。1947年憲法は少し特殊で、第43条に総統が一定の条件の下で緊急命令法に基づき緊急命令を発する権力を有すると規定し、緊急命令法の存在が強調されていた。

もっとも、その後「法規」概念の認識には、徐々に変化が生じてきた。改革開放の初期、『法学詞典』の「法規」の定義は、次のとおりであった。すなわち「憲法、法律、法令及び国家機関が制定する一切の規範性を有する文書の総称。たとえば『法規集』である。国家行政機関が公布する部分的に規範性を有する文書を指すときもある。たとえば『行政法規』である」[36]。この「法規」の定義は、民国期以来続く伝統的なものであり、抽象的な法規範の内容を法文書の総称に転換したものに過ぎず、「法規」

[33] 前掲註11、23-25頁参照。

[34] 钦定宪法大纲（1908年）11条（行政命令）、12条（紧急命令）参照。

[35] 中华民国约法（1914年）19条（行政命令）、20条（紧急命令）参照。

[36]『法学词典』编辑委员会编『法学词典』（上海辞书出版社、1980年）455页。ここに例示されている「行政法規」と民国期に称された「行政法規」は似ているが違いがある。後者は、行政と関連する法規を指し、立法機関が制定することができ、行政機関も授権を根拠に制定することができる。

が実質的な定義（「法規性」）から形式的な定義に変わったのである。これは、重要な変化である。1982年憲法に至ると「行政法規」は、ようやく実定法における専門用語となり、国務院が制定する規範性を有する法文書（＝日本の政令）を特に指すようになった。『法学詞典〔増訂版〕』もすぐに改訂された。そこでは、「法規」とは「憲法、法律、法令及び国家機関が制定する一切の規範性を有する文書の総称。たとえば「法規集」である。ある国家機関が公布した規範性を有する文書を指すときもある。たとえば、わが国の国務院が制定し発布した行政法規、省・自治区・直轄市の人民代表大会及び常務委員会が制定し発布した地方性法規である」[37]とされた。その後、「法規」は、「法律、法規」のように行政法規と地方性法規を合わせたものを指す場合もあり、依然として「政策法規」「交通法規」のようにすべての実定法規範の総称を指す場合もあることになった。

これと同時に、教科書に初めて法律の広義・狭義の二分論が現れるようになった。「『法律』という単語は、現代中国語において、広狭２つの意味がある。狭義の法律とは、立法権を有する国家機関が立法手続に基づき制定し公布した規範性を有する文書を指す。これに対し広義の法律とは法の総体、すなわち国家が制定或いは認可し、国家の強制力によって実施が保障される様々な行為規範の総和を指す。狭義の法律と区別するため、通常、広義の法律を「法」と称する」[38]。憲法典における「法律」の内容と範囲はあまり明確ではなく、行政法規も広義の法律として理解されている。広義の法律概念は、観念的には、狭義の法律の権威と価値を引き下げ、法律と行政法規の関係に混乱を生じさせるのである。

（二）法律の法規創造力の原則と独立的な行政法規

現行憲法第89条第１号は、国務院が「憲法及び法律に基づき」「行政法規を制定する」と規定している。この規定のなかの「及び」という文言を「且つ」という意味に解すると（憲法且つ法律に基づき）、さらには「或

[37] 『法学词典』编辑委员会编『法学词典 增订版』（上海辞书出版社、1984年第２版）602頁。

[38] 孙国华主编『法学基础理论』（法律出版社、1982年）43頁（程筱鹤執筆）。

いは」という意味に解すると（憲法或いは法律に基づき）、重大な違いが存在することになる。

これに関連して、２つの見解がある。「職権説」に基づくと、国務院は憲法が規定する職権に基づき行政法規を制定することができることになる[39]。これに対し「根拠説」によると、憲法が規定する国務院の職権は管理に関する権限であって法規を新たに制定する権限ではなく、国務院が行政法規を制定する直接的な根拠は具体的な授権にあるとされる。根拠説は、職権説に基づくと行政機関が無限の立法権を有することになり、わが国の人民代表大会制度という政体が破壊されると主張する。「憲法及び法律に基づき」とは、授権に基づくことなのだろうか、それとも憲法及び法律を執行する必要性に基づくことなのであろうか[40]。もっとも批判的に考えると、職権説は広きに失し、立法権と行政権の性質を混同することになり、これに対し、根拠説は狭きに失し、行政立法の積極性を引き出すことが難しくなる[41]。

立法法は立法の現状を考慮し、形式的には折衷的な立場を採用するが、実質的には職権説を採用した。すなわち、「行政法規は以下の事項について規定することができる。（１）法律を執行するために行政法規を制定する必要がある事項、（２）憲法第89条が規定する国務院の行政管理に関する職権事項」と規定されたのである[42]。問題は、根拠となる法律がないときに第２号の職権に基づく行政立法を、憲法実現のために直接制定することができるのか、ということである。

現行憲法のもと、確かに第89条第１号については２つの解釈の可能性があるが、直接憲法を根拠に行政法規（すなわち独立命令）を制定することは禁止されているとの解釈が妥当である。その理由は以下のとおりである。

---

[39] 刘春华「国务院立法权限若干疑难问题探讨」中外法学1998年第５期、94頁、邹奕「论我国行政法规的宪法基础」法学论坛2012年第６期、88-89頁参照。

[40] 陈斯喜「论我国立法权限的划分」中国法学1995年第１期、５-６頁、许元宪＝吴东镐「论国务院制定行政法规的宪法根据」法学家2005年第３期、66-68頁参照。

[41] 许安标「论行政法规的权限范围」行政法学研究2001年第２期、32-33頁参照。

[42] 立法法（2000年）56条２款；立法法（2015年）65条２款。

1　国務院は民意を代表する機関ではない

現行憲法に基づくと、人民代表大会は、民主的な選挙によって生み出されるので、民意を代表する機関であり、人民が国家権力を行使する機関である。行政機関は、人民代表大会によって設けられるので、人民代表大会に責任を負い、人民代表大会の監督を受ける。国務院総理は国家主席の指名に基づき、国務院の他の構成員は国務院総理の指名に基づき、全人代によって決定されるので、選挙によって選ばれるのではない。

中国の現行政体はドイツ・日本と似ており、憲法規定もドイツ・日本と構造が似ており、フランスとは異なるということができる。ドイツ（基本法第80条）、日本（憲法第41条）は、均しく独立命令を否定している。わが国の人民代表大会制度は、基本的には行政機関にドイツ・日本の内閣よりも高い民主的正統性を要求している。国務院は、全人代によってその憲法上の地位が生み出され、全人代の執行機関であるから、民主的に選出された機関ではない。しかも国務院は、全人代の解散権を全く有していない。法律を執行することを通じて、民主的正統性を獲得する国務院は、独立命令を制定するための民主的正統性を欠いているのである。

2　国務院の執行性

行政機関に権限を賦与するには、２つの方法が可能である。第一に、人民が憲法を通じて直接一定内容の行政権を内閣に授権する方法（憲法授権型或いは分離型）であり、第二に、立法と行政を上下関係にし、行政の内容を法律にのみ基づき決定する方法（法律授権型或いは下降型）である[43]。わが国の憲法は、第３章「国家機関」の第１節と第３節に全人代の権限と国務院の権限を並列的に列挙しているようにみえる。しかし、両者の関係は並列的な関係ではなく、上下関係である。憲法は、国務院が「最高国家権力機関の執行機関であ」り（第85条）、全人代に対して業務について報告する責任を負う（第92条）、と明確に規定している。国務院は全人代に対して執行性を有しているということができよう。法律と行政法規の関係は、立法機関と最高行政機関の関係を具体化するべき

[43] 安西文雄ほか『憲法学の現代的論点 第２版』（有斐閣、2009年）152頁参照（浅野博宣執筆）。

なのである。

1954年憲法は、「全国人民代表大会は最高国家権力機関であ」り（第21条）、「全国人民代表大会は国家の立法権を行使する唯一の機関である」（第22条）と規定していた。また同時に、国務院は「憲法、法律及び法令に基づき、行政措置を定め、決議及び命令を発し、且つこれらの決議及び命令の実施状況を審査する」（第49条第１号）と規定していた[44]。しかし国務院が発する命令は、法的性質を有することが認められていなかった。全人代だけが法律を制定する権限を有しているのであって、国務院は命令を発する権限を有するが､法律を執行するだけなのである[45]。1982年憲法は、1954年憲法第49条第１号と類似する規定を設け、国務院の行政法規の法規性を認めている。1982年憲法第58条は、一方で全人代常務委員会が立法権を行使できることを確認し、他方で「立法権を行使する唯一の機関」を「国家の立法権を行使する」に改めた。全人代とその他の機関の関係には変化が生じていない状況を踏まえると、「唯一」という単語が削除されたことは、国家の立法権のほかに、地方立法権を間接的に認めていると理解することができる[46]。また、国務院が執行機関として位置づけられていることを踏まえると、行政法規も法律の執行であると理解すべきなのである。

３　憲法上の根拠の原則性

では、憲法は行政法規を制定することを許容しているのに、なぜ憲法上の根拠のほかに、さらに法律上の根拠が必要となるのだろうか。憲法による授権は、具体的であったとしても、それでもなお原則的なものだからである。憲法による授権は、個別的な要求に合致しなければならないが、法律に対する手引きや制限でもあるので、更に法律によって具体化されることで、権限を行使することができるようになる。また、憲法

---

[44] 1978年憲法第32条第１号にも同様の規定がある。

[45] 前掲註26、173頁参照。

[46] 1982年憲法100条は、省級人民代表大会と常務委員会に授権し「憲法、法律、行政法規に抵触しないことを前提に、地方性法規を制定することができる」と規定する。このような規定は、国務院に対する「憲法及び法律に基づき」行政法規を制定するという制限と異なり、地方立法権に比較的大きな自主的な領域を提供することになる。

を根拠に行政法規を直接制定することを安易に認めると、行政権が恣意的に拡大され、行政機関が立法機関の領域を奪う局面が生じ、人民代表大会制度と矛盾することになってしまうからである。

憲法を根拠に行政法規を直接制定することができないならば、「憲法及び法律に基づき」のなかの「憲法に基づく」は余計な文言ではないだろうか。「憲法に基づく」とは、行政法規の制定に対する制限ということができる。すなわち第一に、憲法の原則と精神に基づかなければならないということであり、第二に、より重要なことであるが、憲法が規定する国務院の職権に基づかなければならないということなのである。憲法第89条が規定する国務院の権限事項に属さなければ、法律が存在していたとしても、国務院は行政法規を制定してはならないのである。

（三）中国の法律の管轄事項と行政立法の限界

次に、法規或いは法律事項の範囲を定める必要がある。法律事項の範囲を確定することは、行政立法の範囲を絞りこむことになるからである。

1　一般性を有する規範を基準にして法律事項を確定する

全人代の憲法上の地位や人員構成などからみると、一般的規範説を基準にして、法律事項を確定することが妥当である。全人代は、民主的な選挙によって生み出された国家機関であり、全国人民の利益と意思を代表している。法律は、一般意思を体現すべきである。したがって全人代は最高国家機関であり、国家の重要事項を法律で制定する権限を有するのである。

これに対し、公民の権利義務に関する一般的規範は、法律で定めなければならない、という一般的権利規範説もある。2015年の立法法改正のときに、部門規章（＝省令）を法律執行的な規定として厳格に制限し、行政機関が法律、行政法規の根拠なく、公民の権利を制限する規範を制定する権限を排除した。しかし、「『国民の権利義務を定める規範は法規である』ということと、『法規は国民の権利義務を定める規範である』ということとは、全く別の意味をもつことに充分注意する必要がある」[47]。憲法は、全人代及びその常務委員会の立法事項については制限していな

[47] 大石眞「立法と権限配分の原理（一）」法学42巻４号15頁。

い。しかも、憲法が規定する「法律」に関する条文に着目しても、法律事項は、一般的権利規範説に限られるわけではない。憲法は、各級人民政府の組織は法律によって定める[48]、国務院は「法律の規定に基づき、行政人員の任免、養成、評定及び賞罰を行う」[49]、会計検査機関は法律の規定に基づき会計検査監督権を独立して行使する[50]、と規定する。行政人員の「任免、養成、評定及び賞罰」でさえも、憲法が明示的に定める法律事項に属している。国務院組織法、地方組織法、公務員法、会計検査法は、公民の権利義務に直接関連するわけではないが、均しく全人代及びその常務委員会により制定され、行政機関の同意を必要とすることなくすべての行政機関を拘束することができる。

それゆえ、「一般性を有する規範」が法律事項を確定する基準となるのである。

2　法律と行政立法の関係

全国人民の一般意思は法律によって表明される。行政立法は、その法律を執行するものであり、法律の執行或いは法律の授権があることで、その法的性質が認められることになる。憲法のもとで、法律は始原的な法規範に属するが、行政立法は法律の執行であり、法律の更なる具体化であるから、派生的な法規範に属する。これは、人民主権に端を発する上下の法秩序である。全人代及びその常務委員会による国家の立法権と国務院による行政法規制定権は、多くの立法事項において競合する。立法事項が競合する場合、国務院が先に行政法規を制定できるわけではない。法律の法規創造力の原則が優先されるべきであり、全人代及びその常務委員会が法律を制定し、そのうえで国務院が行政法規を制定することで、法律の規定が具体化されることになるからである[51]。

---

[48] 憲法86条３款、95条２款３款。

[49] 憲法89条17項。

[50] 憲法91条２款。

[51] 「行政法規は、人身の自由を制限する以外の行政処罰を設けることができる」（行政処罰法（1996年）10条１項）から、「法律が制定されていない場合、行政法規は行政許可を設けることができる」（行政許可法（2003年）14条１項）や、「法律が制定されていない場合、且つ国務院の行政管理の職権事項に属する場合、行政法規は、本法第９条第１号、第４号及び法律によって規定すべき行政強制

憲法と法律のもとで、行政立法には２種類の存在形態がある。第一に、法律が既に存在している場合、国務院の職権の範囲に属する事項について、国務院は法律を執行する行政法規を自主的に制定することができる。これに対し、国務院の職権の範囲に属さない事項について、国務院は法律を執行するという隠れ蓑をまとって行政法規を制定することができない。たとえば訴訟費用について、民事訴訟法第118条第３項、行政訴訟法第102条は均しく、訴訟費用納付の具体的な方法は別に規定する、と定めている。そこで国務院は、法律の執行を建前にして、「訴訟費用納付規則」を制定した。しかし、訴訟費用は司法制度の一部に属することから、国務院は職権を超えることになるので、行政事業に関する料金としてこれを徴取することができないのである。第二に、法律が存在しない場合、国務院は、法律の授権に基づくことで、法律事項について、補充的、創造的な行政法規を制定することができる[52]。

わが国では2017年５月末までに、合計257件の法律、621件の行政法規が制定されている[53]。しかしながら、多くの行政法規・規章は、法律の根拠がない、創造的な行政立法である。法律の法規創造力の原則を貫徹するためにも、全人代は一定の過渡期を設けて、法律の根拠のない行政法規などをできるだけ早く法律に改めるべきである。実行可能性の点からいうと、漸進主義に基づき、特に権利を制限し、義務を課す権利制限的な規範であるかを法律事項か否かの判断のための基準とするべきであろう。

要するに、国務院は、民意を代表する機関ではなく、全人代と上下の関係にあるので、行政法規は法律の執行であり、法律から独立した行政

措置以外のその他の行政強制措置を設けることができる」（行政強制法（2011年）10条２項）まである。このような立法権限の分配に関する変遷も、行政立法権限を縮減し、回収する傾向がみられる。

[52] 立法法９条の規定に基づくと、「犯罪及び刑罰、公民の政治的権利の剥奪及び人身の自由を制限する強制措置及び処罰、司法制度などの事項」は、法律に絶対的に専属する事項なので、国務院の制定する行政法規に授権してはならない。

[53] 国务院法制办公室编『法律法规全书』（中国法制出版社、2017年第15版）第15版编辑说明参照。

法規は存在しないのである。憲法のもとで、法律に基づき行政立法を行うことは、法秩序の民主性を高める助けになり、法秩序の秩序性を強化することになるのである。

五、おわりに

今後は、「法律による行政」の原理と現行憲法に内在する要請を結び付けていくことが求められている。法治行政のなかの「法律による行政」の原理を重視することは、制度上、全人代の有効性を適切に高めることになるだけでなく、「法律による行政」の実現を確保するために裁判所に充分な審査権限を賦与することにも繋がる。また学術上、「法律による行政」の基本原則や基本原理の地位を回復させることになるだけでなく、「法」と「法律」の概念の使用を区別することにも繋がるのである[54]。そうなることで、様々な法律上の問題の所在を迅速に把握し、法への畏敬を促し、法律の権威の打ちたてることに資することになるのである。

[54] 日本の以前の状態について、星野英一「『法』と『法律』の用語法について――区別への提言」国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民(第三巻)』(有斐閣、1987年) 363頁以下参照。

シンポジウム

技術の精神

―― 日本におけるフランスの法人論の受容について[1] ――

小　島　慎　司

現在の多くの民法学の教科書では、いわゆる法人の本質論などの法人論が、それぞれの国や時代を前提としたものであり、現代の日本では解釈論的な実益に直結しなくなっていると評価されている。それらの源の１つに挙げうると思われるのが、「全体として、ドイツないしフランスの学説史としてはそれぞれ政治的、社会的な意味を検討することは有益で意味があるが、現在の日本民法を理解したり、ましてや解釈するためには、ほとんど無用の議論といってよいと思われる」とする星野英一の指摘である[2]。こうした現代の評価に対しては、法人論に原理的な関心が持たれる場合、日本の民法学が実益重視に傾いて理論的な検討を軽視がちであると批判が向けられることもある[3]。

---

[1] 本論文は、科研費基盤研究（B）「日中両国における西欧立憲主義の継受主体にみる受容の態様」（課題番号26285010）の下で行われた２度のシンポジウムの報告をもとにしたものである（詳細は本号掲載の高見勝利教授の論文を参照）。筆者自身の歩みとの関係でいえば、拙稿「日本における制度法学の受容」岡田信弘ほか編『憲法の基底と憲法論　思想・制度・運用　高見勝利先生古稀記念』（信山社、2015年）259頁以下で展開した田中耕太郎論に関連する内容について、考察を一歩進めようとしたものである。

[2] 星野英一「民法の教科書に書いてあること」法学教室13号（1981年）50頁。後に『民法講義　総論』（有斐閣、1983年）にまとめられた。

[3] 海老原明夫「法人の本質論（その３）」ジュリ954号（1990年）13頁、石川健治『自由と特権の距離　カール・シュミット「制度体保障」論・再考［増補版］』（日本

しかし、本論文は、過去の法人論争には解釈論上、実益がないと考える論者も、その態度に理論的に不満を覚える論者も、過去の“理論的な”論争の性格を誤解しているのではないかと疑っている[4]。解釈論的な実益を重視した法人論は、「会社は現にあるではないか、会社は現に役に立っているではないかという団体主義・道具主義」と要約されることもあるが、その性格は、かつて法人論を受容した日本の学説にも、そこで受容されたフランスの学説にも見られるものであったのである。以下では、仮説的に述べた以上の内容を論証した上で（→Ⅰ）、過去の論争と現代的評価との違いを改めて同定してみたい（→Ⅱ）。

Ⅰ　組織体説とは何か

冒頭に述べた法人論に対する現代的評価を要するに、擬制説か実在説（有機体説、組織体説）かといった理論的対立の研究は、団体が経済的主体として活動しそれを規律する法的仕組みが整った現代においては、解釈論を離れた歴史的・理論的な意義を持つにしても、解釈論的な意義には乏しいというものである。本論文がまず注目したいのは、こうした現代的評価が、自説と過去の法人論が異なると考えていること、とりわけ、組織体（制度体）説に対してもそのように評価していることである。この評価は端的にいって誤りなのではないかと思われる。なぜなら、通常、組織体説として想定されるサレイユやミシュウの説こそは、団体を規律する法的仕組みが存在する以上は団体に法人格が実在するとせざる

評論社、2007年）90頁。近年、人体が人間の一部であるということから物と異なるというアプローチの説得力を検討する文脈で、法人論の技術的実在の意義を論じる研究も存在する（樋橋明香「人体の処分の法的枠組み（３）」法協131巻６号（2014年）1209-17頁）。

[4] ミシュウの法人論の技術性を指摘する大村敦志「ベルエポックの法人論争」『20世紀フランスの民法学から』（東京大学出版会、2009年）81頁以下、井上武史『結社の自由の法理』（信山社、2013年）107頁以下の描くミシュウ像は、本文で述べたのと同じ評価に行き着くと思われる。もっとも、むしろ原理性・構築性の乏しい現代の議論状況との対比が際立たせる（大村・同99頁）点では、本論文の論旨と異なるようにも見える。

をえないと考えるものだからである。以下では、20世紀初めのフランスの学説（→1）、それを受容した日本の学説（→2）を概観することを通して、そのことを論証したい。

1　サレイユ・ジェニー・ミシュウ

（1）日本の法人論に影響を与えたミシュウ（1855-1916）とサレイユ（1855-1912）の著作[5]は、その基本的な前提において共通するところがあったと思われる。法人論の著作については、ミシュウがその第1巻を1906年に、その第2巻を1909年に公にしたのに対して、サレイユが1910年にそれらを引用している。したがって、後に見るように、日本でも先にミシュウの著作が受容された。しかし、その理論的前提については、1906年のミシュウはジェニー（1861-1959）の議論を引くことでそれまでの漠とした自説を明確化しており、そのジェニーは、自説についてサレイユの議論を発展させたものと位置づけている。つまり、本論文が関心を持つ法人論の原理的な部分については、サレイユとジェニーが先行し、ミシュウがそれを承けるという関係に立っている。以下では、その影響関係を描きたい[6]。

サレイユは、団体についてであっても法人格はフィクションではなく実在すると考える。しかし、それは、法人格が法の認める関係を構成するからであって、法や法人格が経験的な現実であるからではない。このようにフィクションの層とも経験的な現実の層とも異なる「法的実在（réalité juridique）」の層について、サレイユは次のように説明する。

すなわち、ここでサレイユは、法的実在を広義と狭義に分けている。法的実在は、広くは、法律や慣習などによって意思的に生み出されたもの（voulu, convenu）を含むものを指している。しかし、より特定的には、

---

[5] Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1-2, 1re éd. (Paris : LGDJ, 1906-9) ; 2e éd. (1924) ; Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique* (Paris : Arthur Rousseau, 1910).

[6] 以下でこれらの論者の影響関係を論じる背景には、フランス・ドイツにおける、可変性を伴った自然法論の隆盛がある。この点については時本義昭『法人・制度体・国家　オーリウにおける法理論と国家的なものを求めて』（成文堂、2015年）50-62頁を参照。

一般的な原理を経験的な現実に当てはめることによって生み出される関係を法的実在と呼んでいる。フィクションと呼ばれるのは、広義の法的実在であっても、狭義の法的実在でないものである[7]。つまり、フィクションは、一般的な原理を作る立法者の意思が欲している限りで法的に実在しているものの、具体的な適用者の意思の裏づけを欠いているという意味では実在性を欠いている。

サレイユは、後者の適用者の意思として、哲学者の考えではなく一般人の感覚（sentiment qu'en auront les masses）を想定しているところ、人々は、サヴィニーの昔であれギールケが現れた近時であれ、潜在的には常に、ある意思がある利益のために作動させようとする力（pouvoir）が実在すると考えてきた。ゆえに、法人格は、時代の変化を問わず、狭義でも法的実在であり続けたというのである[8]。

このように、法的概念が、独断的な恣意と化す（フィクションと化す）危険性を持ちつつも、経験的な現実に当てはめる人々の感覚によって支えられているさまは、法学の議論一般にサレイユが見て取ったものである。サレイユはこれを「解釈論上の構成的技術（technique doctrinale constructive）」と呼んでおり[9]、それは、先行する著作での表現では「絶対的真理であるとは誰も標榜しえない法的技術」に相当する[10]。サレイユの組織体説のいう法人格の実在性とは、以上のような「構成的技術」としての実在性を意味していた。

（２）法人格は、経験的な現実そのものではないが、かといって経験的な現実から切り離された永遠の真理として実在するものでもなく、その実在性は、経験的な現実に直面した人々の不断の適用行為を通して肯定される――こうしたサレイユの議論は、原理的な思想に裏打ちされて

---

[7] Saleilles, *op. cit.* (n. 5), pp. 605-06.

[8] Saleilles, *op. cit.* (n. 5), pp. 606-07.

[9] Saleilles, «Droit civil et droit comparé», *Revue internationale d'enseignement*, 1911, t. 61, p. 18. 法人論以外にサレイユが使った例としては、拙著『制度と自由　モーリス・オーリウによる修道会教育規制法律批判をめぐって』（岩波書店、2013年）169-70頁で引いた「人格の承継」を参照。

[10] Saleilles, «École historique et droit naturel d'apres quelques ouvrages récents», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 87.

いた。サレイユに特徴的なのは、その原理性が哲学というよりも宗教に由来したことである[11]。

オーリウと並んでカトリック法学者として知られるサレイユには、ラグランジュの作品[12]を中心に当時の聖書学のモデルニスムの動向を論評する『歴史学的方法と聖書』という著作がある。論じられている問題のポイントは、少しかみ砕いていえば、次のとおりである。当時の歴史学、考古学の進展を受けて考えてみると、聖書に書かれている内容には、間違っているところが多い。たとえば、旧約聖書は神がシナイ山でモーセに十戒を啓示し、イスラエルの民との間で契約（Code de l'Alliance）を結んだ（出エジプト記19-24）というが、これと似た高次の法的原理が、20世紀初めに発見されたバビロニアのハムラビ法典にはすでに書かれていたことが判明した[13]。聖書の書き手は、神の霊に導かれて何かしら神が考えたであろう目標に向かい、それを報告していると考えられている[14]とすると、それにもかかわらず聖書に書かれている内容が誤っているかもしれないことになる。このことは、プロテスタントほどではないにしても[15]カトリックにとっても危機である。そうした危機にいかに対処したらよいか。

この主題について、サレイユの見たところ、同時代の聖書学から得られる解答は、「神は、その直接的な関与によって、世界に原始的な人類

---

[11] Mikhaïl Xifaras, «La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles : remarques sur un projet de restauration du juridique», *Droits* 47 (2008), spéc. p. 84 ; Nicolas Mathey, «Saleilles, la Bible et le droit», *in* Frédéric Audren, Christian Chêne, Mathety et Arnaud Vergne, *Raymond Saleilles et au-delà* (Paris : Dalloz, 2013), p. 92.

[12] P. Marie-Joseph Lagrange, *Études bibliques : À méthode historique surtout à propos de l'Ancien Testament* (Paris : Victor Lecoffre, 1903).

[13] Saleilles, *La méthode historique et la Bible* (Genève : Schautz, 1903), p. 6. この発見が聖書学にもたらした影響については Lagrange, *op. cit.* (n. 12), p. 156 et s. を参照。

[14] Saleilles, *op. cit.* (n. 13), pp. 19-20.

[15] Saleilles, *op. cit.* (n. 13), p. 12. Lagrange, *op. cit.* (n. 12), p. 14は、歴史学こそがカルヴァン派のような聖書の字句への隷属から解放してくれるとしていた。

の歴史を伝えたのではない[16]」というものである。たとえば、カトリック教会にとって、原罪は聖書によって明らかにされるドグマ（dogme、教義）なのであるが、だからといって、聖書に書かれた原罪の物語（創世記３）が歴史的事実としてすべて真だといいたいのではないはずである。むしろ、人類がもともと堕落しており、だからこそ贖罪に向けて善行を積むように動機づけられてきたのだということを、教会は教えたい。個々の歴史的事実ではない、そうした超自然的な次元における真理こそ、教会が担当するべきであるということになる[17]。

サレイユは、19世紀のイギリスでオックスフォード運動を指導して最終的にはカトリックに改宗したニューマン（1801-1890）の考え方を受け入れて[18]、神が聖書で啓示しようと欲した真理は、「当初の啓示に基づいた宗教的体系全体の有機的生命力（vitalité organique）」であるという。有機体として進化、発展することが織り込み済みなのである。福音書にもキリストの言葉として、「その方、すなわち、真理の霊が来ると、あなたがたを導いて真理をことごとく悟らせる。その方は、自分から語るのではなく、聞いたことを語り、また、これから起こることをあなたがたに告げるからである」（ヨハネによる福音書16：13[19]）と書いてあるではないか、というわけである[20]。サレイユはほぼ同時期にこのニューマンの説教集を自らフランス語に訳してさえいる[21]。

先に述べた、アッシリア学の進展を受けて判明した聖書の描く歴史的事実の誤りについても、サレイユの穏健なモデルニスムからは同様に考えることになろう。つまり、「神が自らの任務としたのは、人類に対して人類の歴史を教えることではなかったとすると、神が、聖書に含まれ

---

[16] Saleilles, *op. cit.* (n. 13), p. 39.

[17] Saleilles, *op. cit.* (n. 13), pp. 24-25. Voir aussi p. 52. Lagrange, *op. cit.* (n. 12), pp. 217-19が原罪の物語についてほぼ同内容を説く。

[18] Saleilles, *op. cit.* (n. 13), p. 15 note 1.

[19] 新共同訳による。

[20] Saleilles, o*p. cit.* (n. 13), p. 30.

[21] John Henry Newman, *La foi et la raison : six discours empruntés aux discours univesitaires d'Oxford*, trad. par Raymond Saleilles (Paris : Lethielleux, 1905).

る歴史物語そのものを啓示の内容に含めたとはおよそ考えられない[22]」。神は、自身の計画に関わる何かしらの歴史物語をイスラエルの民が持つことを欲し、それを啓示したであろうが、その物語の個々の事実については啓示などしていない。そのように考えれば、啓示された真理については宗教あるいは教会のドグマが成立しうることになろう。サレイユは、このようにドグマの真理性もそれを伝える教会の任務も否定しないので、その意味で、自らの考え方は、プロテスタントと変わらなくなる一部のラディカルなモデルニスムとは一線を画されるとするのである。しかし、その一線を越えない限りでは、絶えざる進化を積極的に認めるのである[23]。

サレイユの技術論は、こうした聖書学での動向を、法学の原理論に反映させている。すなわち、「宗教的な事柄に関して、つまり、超自然的な領域に関わる場合にのみ、超越的な客観的真理が問題になっている限りでのみ、人はドグマや不変性を語りうるのである。少なくとも、ドグマの内容・本質についてはそう語りうるのであり、ドグマに対して与えられうる説明は宗教以外の事柄と同様に変化するところ、それを別にすれば、ドグマや不変性を語りうるのである」。しかし、法学はそうした領域にさえ属さない。法学において何が正義か、何が社会秩序かはアプリオリには決まらず、社会的事実や観念によって変化する[24]。つまり、サレイユによれば、聖書に書かれた物語の一言一句ではなく神の啓示の内容、要するにキリスト教の本質そのものが普遍的であるにしても、それを補完する個々の歴史的事実については歴史学的な評価に開かれており変化しうるところ、まして法学の「構成的技術」は実践を通して変わりうることになる。

（3）経験的な現実から切り離されて概念のみに訴えた議論を濫用す

---

[22] Saleilles, *op. cit.* (n. 13), p. 40.

[23] Saleilles, *op. cit.* (n. 13), pp. 31-32. Voir Mathey, *op. cit.* (n. 11), pp. 82-83.

[24] Saleilles, *op. cit.* (n. 10), pp. 98-99. 聖書学と法学方法論との同様の連関への指摘は、Saleilles, «Méthode historique et codification», *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, v. 9, 1904, p. 9にも見られる。この連関については Xifaras, *op. cit.* (n. 11), pp. 84-91.

ることが戒められるべきことは、ジェニーが早くから指摘してきたところでもあった。法令のテクストが細かく定めていない場合に、適用者が概念を使った解釈によってそれを補うことは必要であるものの、そこで用いられる概念は文字どおり「不変の客観的実在」ではないはずである。それにもかかわらず、そのように誤解してしまう「中世の絶対的な実在論（*absolu* réalisme du moyen âge）」のような過ちが伝統的に行われてきた[25]。

ジェニーは、そうした誤りの例として、法人格についてフランスで有力な考え方を挙げている。本来、法人格についての理論的構成は事実に適用されるなかで修正されていくべきものである。しかし、フランスでは、自然人は法人格を持ちそれ以外の存在には立法者が人工的に法人格を与えたに過ぎないというア・プリオリな公理が存在し、その論理的な演繹として議論される嫌いがあったというわけである[26]。

この指摘は、法人格についての特定の概念が、経験的な現実に適用される過程と独立して、維持されてしまっていることを批判する限りで、サレイユの議論とほぼ同型である。現にジェニーは、自らの伝統的な法学方法論への批判と同型のものが、サレイユに見られていたことに注意を求めている[27]。サレイユが散発的に論じてきた方法論について自らが包括的に物したという関係に立つというのは、ジェニー自身の自己評価でもあったといえよう。

（4）ミシュウは、元々1899年に法人論の論文を著した段階では、哲学的な人格と切り離して「純粋に法的な概念」として法人格を論じるとは述べているものの、それ以上のことを詰めていない[28]。しかし、1906年のミシュウは、1899年に公にされたジェニーの議論を引きながら、「純粋に法的」であることの意味を敷衍している。

---

[25] François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1re éd. (Paris : A. Chevalier-Marescq, 1899) ; 2e éd., t. 1 (LGDJ, 1919), nos 60-61.

[26] Geny, *op. cit.* (n. 25), no 65.

[27] Geny, «La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles», *in L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles* (Paris : Arthur Rousseau, 1914), nos 9, 15.

[28] Michoud, «La notion de la personnalité morale», *RDP*, 1899, pp. 7-8.

すなわち、自身が展開する法人論は、「純粋に技術的な次元（*ordre purement technique*）」にあり、ある抽象的な概念の範囲を確定することで、それがいかなる現象に適用されるかを決める作業である。概念自体が不変のドグマとして実在すると考えるのは、ジェニーが批判するように、誤りである。それでも、ある現象に適合的な技術かどうかという問題は残りうるのであって、概念的な議論を放棄するべきではないというのである[29]。

このように、ミシュウの法人論の原理的な基礎はジェニーに自覚的に依拠したものであり、その限りで、サレイユとも共通の基盤に立っていた。この点は、ジェニーの側から見ても同じ評価であった。ジェニーは、ミシューやサレイユの法人論の著作よりも後年に、法的構成に関するこの考え方を発展させ、donné/construit の二分法を展開したが、本論文との関係では、両者の交錯に注目するべきである[30]。この construit に対応するのが「技術（technique）」であって、それは、理性的な認識だけでなく意思的・人工的（artificiel）に作り出されたものをも指す[31]。法人格はそうした意味での技術としてのみ有意味でありえ、しかし、だからこそデュギのように法人格を敢えて否定することは適切でない。こうした理解は（３）で引いた頃の著作の内容と骨子において変わっていないと思われるところ、それはミシュウの法人論と合致しているというのである[32]。

もちろん、いわゆる法人の本質論の内容については、（１）のように意思力を重視したサレイユと、利益を重んじたミシュウとの間には、違いがある[33]。しかし、実在説に立つとされたこれらの論者が「技術」論という共通の基礎の上に立っていたことには意識を向ける必要がある。これらの論者が法人格を論じる場合、法人格がそこにごろんと経験的に実

[29] Michoud, *op. cit.* (n. 5), n^{os} 3-5.

[30] 拙著・前掲注（９）の同注で引いた箇所を参照。

[31] Geny, *Science et Technique en droit privé positif*, t. 3 (Paris : Sirey, 1921), n^{o} 182.

[32] Geny, *op. cit.* (n. 31), n^{o} 224.

[33] 石川・前掲注（３）97頁、仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007年）135頁の指摘するとおりである。

在するとも考えていないし、かといって、不変の観念として実在するという見方にも与していない。しかし、立法者だけでなく社会の人々がそれを前提として法規範を当てはめようと欲している以上は、それは法的技術の世界において実在していると考えたのである。

2　日本における受容

（1）戦前の日本での法人論は、いくつかの変形を行っているものの、基本的にはこうしたサレイユらの技術論と同じ前提に立っていたと思われる。

まず、鳩山秀夫は、1908年の論文でミシュウとよく似た折衷説の定式化を示したと知られるところ、この折衷説は、団体に法人格が実在するかという問いに対する答えではない。むしろ、そうした問いに対しては、論じるまでもなく「法人なる観念其ものを以て擬制なりと言うは明白なる謬見なり」というのが鳩山の答えであった[34]。

すなわち、鳩山は、擬制のなかで、解釈者が現象甲から抽象された観念を現象乙に当てはめる作用（解釈的擬制）と、立法者が現象甲と現象乙の差異を無視して同一の観念を適用する作用（立法的擬制）とを区別する。たとえば、「妻は夫の娘なり」という規定がある場合、それは、妻が夫権の下に立つことや妻が相続について子と同列にあることを定めるにあたって子に伴う法律効果を流用していることを意味する立法的擬制である。しかし、妻に関する規定がない場合に、解釈によって妻と子を同一と扱う場合には解釈的擬制となる[35]。

注意するべきは、鳩山において、立法的擬制の場合には、妻に対する上記の法律効果であれ、団体の法人格であれ、実在すると考えられていることである。鳩山にとって、いわゆる法人の本質論とは、法人という

---

[34] 鳩山秀夫「法人論」（1908年）『民法研究第1巻』（岩波書店、1925年）445頁。以下でも、旧字、旧仮名遣いは新字、新仮名遣いに直した。相本宏「法人論」星野英一編集代表『民法講座第1巻　民法総則』（有斐閣、1984年）145頁は、こうした鳩山説を社会的組織体説と呼び、松本烝治の法的組織体説と区別する。しかし、鳩山にとっても、法人格の実在性が文字どおりの意味での社会的な実在ではなかったと思われる。

[35] 鳩山・前掲注（34）439-45頁。

「法律上実在する観念」が事実から抽象されたものなのか立法者が恣意的に創製したに過ぎないものなのかという、法人の実在性を認めた上で次に生じる対立である。したがって、たとえば、いわゆる擬制説が退けられるべきなのは、事実上無なるものに法人格を与えることそれ自体が不当だからではなく、自然人だけが法人格を持つとする前提が現在までの法の仕組みに合わないから、あるいは、自然人が当然のように法人格を持つと考えるならばそれは不当であるからである[36]。

こうした鳩山説は、解釈的擬制による概念は法的に実在しないと考える点で[37]、確かに、1で見たフランスの論者とは異なる。サレイユ以降の論者は、鳩山のいう解釈的擬制による場合であっても、概念が法的に実在すると説くからである。それでも、鳩山が、人間の意思によって創製された法人格の概念がその限りで実在するとした上で、擬制説、意思説、利益説などのうちいずれが法の仕組みの説明として適するかを論じている点では、フランスの技術論と共通する前提に立っているといいうると思われる。

（2）松本烝治の1911年の論文は、サレイユに注目する。サレイユは、利益説に立たずに「法律上の力」を権利としたとはいえ、法人格を「法律上の実在」とする点ではミシュウにも近いというのである。松本の自説もサレイユと同一であるとされる[38]。松本自身は、擬制説か実在説かの対立を論じる前の問題であることを明確に指摘していないものの、組織体説に立ちミシュウをもそれに近づけることで、結論的には同様にフランスの技術論と結びつきうる説に立ったといえる。

こうした技術性により自覚的であったのは、末弘厳太郎である。末弘は、法人格は法律によって与えられる限りで法的実在であることを当然とした上で、擬制説、実在説の対立が見られるのは、その法人格が与えられた社会的実体が何かについてであると指摘する。そして、それを論じるにあたっては、「法人概念を一の法律技術と考えて、其技術として

---

[36] 鳩山・前掲注（34）445-50頁。

[37] 鳩山・前掲注（34）440頁。

[38] 松本烝治「法人学説」（1911年）『商法解釈の諸問題』（有斐閣、1955年）136-37、139頁。

の特徴が何であるかを考えながら、其実用的価値の限界を研究する」必要がある。「技術の価値はそれが一定の目的を達成するに役立つや否やによって定まる」ので、法人格概念もいかなる目的に役立つかを考えるべきである。したがって、社会的実体として団体が存在する場合だけに法人格が与えられると考える必然性もないというのである[39]。

（3）以上を要するに、ミシュウや鳩山の折衷説にせよ、サレイユや松本の組織体説にせよ、現在、実在説として一括りにされる議論は、立法者なり解釈者なりが団体の法人格を認めている以上、法人格は法的に実在するとする考え方であり、限られた目的のために創製された技術的存在として法人格を論じる方法である。したがって、現代の体系書が、団体の法人格を解釈論上、当然の前提とし、改めて法人格が実在するかを論じないのであれば、むしろこうした組織体説なりミシュウ説なりに賛意を示す方が戦略的に好ましいのであって、それらの説も一括りに無意義・有害な概念の遊戯であるというのは行き過ぎであると思われる。他方において、団体の法人格にも法的な実在性を認めたとしても、意思の中心にそれを認めるか、利益の中心にそれを認めるかはなお論じる価値があるのであり、現代の体系書も後者の検討の意義を否定するわけではないであろう。

以上のことを逆からいえば、サレイユ、ミシュウら、あるいは、鳩山、松本らの過去の議論が現在と違って解釈論を離れた原理論に関心があったと評価するのは、過去の議論と現在の議論との違いを正確に同定したものとはいえないと思われる。敢えていえば、一見合理的に組み立てられた道徳的な原理論から特定の解釈論を導き出すことの危険性を説いた点にサレイユ、ミシュウらの議論の特徴があるからである。しかし、それらと現代的評価との間に何かの違いが感じられるのも事実である。それはいったい何であろうか。

---

[39] 末弘厳太郎「実在としての法人と技術としての法人」（1941年）『続民法雑記帳』（日本評論社、1949年）。引用は64-65頁。すでに、同「法人」末弘＝田中耕太郎編『法律学辞典』（岩波書店、1936年）2453頁以下で同旨の主張が展開されていた。

Ⅱ　技術の精神をいかに理解するか

（1）末弘がいう、限定的な目的を達成する手段という意味での技術論には、法学者の間でも関心が示されていた。その例が、宮沢俊義や田中耕太郎である。また、この技術論は、哲学を中心として、当時の人文・社会科学において好んで論じられたテーマでもあった。本論文は、法人論に対する現代的評価のどこに特徴があるかを考えるためには、このコンテクストを踏まえることが重要であると考えている。

まず、宮沢は、法の解釈と科学を区別するにあたって、ジェニーによる科学と技術の区別を参考にしており、法の解釈は、法の究極的な目的を探究することではなく、現実的な生活に必要な一定の目的に到達するための手段の探究であると考えた[40]。ただ、宮沢は、ジェニーが、技術が科学の欠陥を補うと考えていたことを正確に紹介しているにもかかわらず、自身の理解にはこうした混淆を持ち込んでいない。むしろイデオロギー批判を重んじた[41]宮沢の議論（少なくとも戦前における「重点[42]」の置き方）からすれば、科学と技術との違いを重視し、技術が科学の仮面を着けがちであることを暴く“安定的な真理からの技術の切り出し”型の技術論に立っていたといえると思われる。

こうした宮沢の姿勢の源は、1つにはケルゼンにあるであろうが、それと関連して、もう1つには、宮沢がモンテスキューにも見いだしたところの「カルテジヤニスム」（デカルト主義）にあると思われる[43]。そして、

---

[40] 宮沢俊義「法律における科学と技術　又は、法律における存在と当為」（1925年）『法律学における学説』（有斐閣、1968年）56-63頁。

[41] たとえば、宮沢俊義「国民代表の概念」（1934年）『憲法の原理』（岩波書店、1967年）185-88頁や「公法・私法の区別に関する論議について　方法的反省の必要」（1935年）『公法の原理』（有斐閣、1967年）1頁以下。

[42] 芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、1983年）180頁。科学的知識からいかに解釈的帰結を導くかという点は、宮沢が後述のモンテスキューを通して考察したもう1つの事柄でもあるはずで、そうした姿勢が芦部に継承されていったと見ることができるのではなかろうか。

[43] 宮沢俊義「『法の精神』とカルテジヤニスム」（1928年）『憲法の思想』（岩波書店、1967年）205頁以下。

それは、第三共和政フランスにおける法学教育改革の動きと軌を一にしたものといえ[44]、見かけを疑ってより本当のところに近づこうとした点で、ユマニスム[45]と呼んでもよいものであろう。

（２）他方で、田中も、法規範には、限定的な目的を追求するものと、そうした諸目的の関連を定めるものがあるとし、前者を技術的規範、後者を倫理的規範と呼ぶ。田中は、親族法や刑法と異なり商法には技術的規範としての性格が見られると考えた[46]。こうした田中の議論は、直接にはロシアの法学者コルクーノフのフランス語の著作[47]に基づくものであるが、自身も意識するように[48]、その技術論は、サレイユ、ジェニーなどの議論と関係している。

しかし、Ⅰの１（２）で見たとおり、ジェニーの技術は、普遍的な自然法、つまり、ジェニーのいう donné と対立しつつ、これを補完する作用を果たすものであった。これと異なり、田中のいう技術的規範は、普遍性を持ち「世界法」化しやすいとされ、その限りで、究極的には安定的な道徳性を持っていた。田中にとっては、法律家の仕事の意義もこの技術の精神に仕えることにあり、田中が拘った司法権の独立もこの技

---

[44] 改革を主導したリアール（拙著・前掲注（９）序を参照）はデカルトの研究者であり、宮沢が（批判をしつつも）包括的に依拠するランソンがデカルト哲学の解釈について参照したのもこのリアールの研究である（Gustave Lasson, «L'influence de la philosophie cartésienne sur la littérature française», *Revue de métaphysique et de morale*, 1896, p. 517 note 1）。

[45] 渡辺一夫『ヒューマニズム考』（講談社現代新書、1973年）。高見勝利「私の三冊　山家の猿、お江戸徘徊、脇道へ」論究ジュリスト13号（2015年）116頁も参照。

[46] 田中耕太郎「技術的法としての商法」（1926年）『商法学　一般理論（田中耕太郎著作集Ⅶ）』（春秋社、1954年）291-305頁。田中は、法人格の本質を論じる前提について、ほぼ末弘と同じように述べたことがあるが、そこでは技術性を論じたわけではない（「機関の観念」（1918年）『商法学　特殊問題上（田中耕太郎著作集Ⅷ）』（春秋社、1955年）225-27頁）。

[47] N. M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. par J. Tchernoff, 2e éd. (Paris : M. Giard et Brière, 1914), pp. 45-52.

[48] 田中・前掲注（46）「技術的法としての商法」286-87頁。

術的精神に裏打ちされていたのである[49]。ここで見られるのは、“安定的な真理による技術の基礎づけ”型と呼びうる技術論である。

（３）これに対して、当時の思想界で活躍していた三木清が、構想力の論理の一面として技術に注目したときには、むしろサレイユやジェニーらに近い意味を込めて技術を論じたと思われる。外界にある物に対して我々の持つ合理的な認識と、我々の非合理的な感性とを二分するのではなく、「身をもって考える」場合の論理こそが、三木が求めていたものである。したがって、技術も、科学に対して従たる地位に立つ単なる手段ではない。むしろ技術の本質は、科学が認識する因果論と人間の主観に属する目的論を綜合する点にあった[50]。そして、こうした技術論は今や全世界で求められているが、とりわけ主観と客観を二分しない東洋においてこそ、こうした技術の本質が理解されやすく、そこに「新文化」の世界史意義があると考えた[51]。

三木が構想力（制度）の論理として挙げる例に、挨拶がある。お辞儀をするか握手をするかなど仕方に違いがあることからもわかるように、挨拶には抽象的・普遍的な「挨拶一般」が存在しない。それぞれの挨拶には、意思や感情が表現されている。しかし、それだからといってまったく非合理的だというわけでもなく、一定の規範性を持つ[52]。これと田中の技術論を比較すると、三木の方が普遍的な道徳に対して懐疑的であるといえよう。三木の議論は、切断を否定する“技術における安定性のない統合”型の技術論と呼びうるのではなかろうか。

---

[49] 以上の内容については、拙稿・前掲注（１）を参照。オーリウも、art と technique を区別し、法や法学は、単なる実践にとどまらず、「社会的真理の発見者」となる点で、art であるとする（Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd. (Paris : Sirey, 1929), pp. 61-62）。こうしたオーリウの技術観については、宮沢俊義「フランス公法学における諸傾向」（1930年）『公法の原理』（有斐閣、1967年）94頁注（２）も参照。

[50] 三木清『構想力の論理』（1939年）『三木清全集第８巻』（岩波書店、1967年）とりわけ228-29頁。

[51] 三木清『技術哲学』（1942年）『三木清全集第７巻』（岩波書店、1967年）とりわけ317頁以下。

[52] 三木・前掲（50）107-08頁。

結

組織体説は、少なくともその方向を突き詰める限り、“技術における安定性のない統合”型の議論に行き着くことになると思われる。直観的な印象をいえば、それは危険なものになりがちな議論である。仮説を込みにしていえば、この“安定のない統合”型の議論は、公法・私法を問わずこの時代の文献に見られる、論者としては極めて真摯なのに全体としては危険な結論に至りがちな考え方の一種であるように思われる。

Ⅰでは、現代の体系書に見られる法人論がそうした組織体説にかなりの程度まで似ており、組織体説まで一括りにして過去の学説と自説が異なるというのは、一見すると戦略的に正しくないと思われると述べた。しかし、現代的評価が、“安定性のない統合”型の技術論を自覚的に選んでいるというのは、言い過ぎであろう。組織体説のそうした前提についてはペンディングにしている点が、過去の学説との違いということになろう。

しかし、前提をペンディングにしたままでも組織体説を選ぶことができるということは何を意味するのであろうか。２点を指摘したい。

第一は、“安定的な真理からの技術の切り出し”型の意義について、無自覚になりがちなのではないかという点である。確かに、この宮沢の路線は、そのままの形では維持しがたい面もある。現に戦後は、学説が科学と解釈の両面性を持つのではないか、法については科学といっても法秩序の参加者の視点を前提として記述する作業が含まれるのではないかと議論が深められてきた。しかし、科学としての「比較憲法学の研究それ自体は、実務的・実践的効用から解放されてはじめて本格的におこなわれるものだということ、そのような過程を経ることによってはじめて、実用にも本格的に役にたてられる研究成果が生まれるものだということが、強調されなければならない」という見方[53]も、また、「比較不能な理論のそれぞれを理解可能にする内在的な視点を追求し、その理解を『超然とした』立場から記述する」ことで多元的な世界観が共存する社会

[53] 樋口陽一『比較憲法［全訂第３版］』（青林書院、1992年）９頁。

体制を基礎づけようとする取り組み[54]も、この宮沢の路線の延長に成立していると思われる[55]。

第二は、“安定的な真理による技術の基礎づけ”型からも無自覚に離れがちだという点である。Ⅱ１（２）の検討を踏まえていえば、少なくともサレイユの場合、組織体説は、カトリックの世界観の動揺と不可分であり、20世紀に入ってもなお、かなりの覚悟が必要な冒険であったのではなかろうか。たとえば、ジェニーの議論に対しては、カトリックの視点に立って法人格の実在性を説くオーリウ（1856-1929）から、法人格論を基礎づけられないとの批判が向けられたのである[56]。

---

[54] 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000年）35-36頁。

[55] 筆者は、役割をはかない仮面であると知りつつ、規定どおりに演じようとしたモンテーニュの姿を、ルソーやプープル主権論との対比で、好意的に描いたことがある（拙稿「近代社会における１つの友誼　プープル主権論について」憲法問題26号（2015年）。しかし、それは仮面かもしれないと疑った上でのことである。筆者は、本論文がユマニスムと呼んだ宮沢の姿勢が、日本の憲法学（国法学）にもたらした寄与は極めて大きなものであり、仮説を込みにしていえば、フランス憲法学からの大きな影響の１つもそこにあるのではないかとも考えている。

[56] 拙著・前掲注（９）172頁。もっとも、世界の動態化に直面して対応に追われたのはオーリウも同じであり、サレイユやジェニーとの違いは程度の差であるともいえる（同170頁注（101））。サレイユとオーリウの基本的な枠組みは類似しているが、本論で引用したように、サレイユは時に法の領域を道徳・宗教の領域から一定程度切り離して描くことがあるがゆえに、結果として、法の領域においては可変性が際立つことになったに過ぎないと思われる。時本・前掲注（６）71頁、96頁注（119）が描くように、サレイユが一面で歴史法学に与するようでありながら、他面では実体的自然法論者にも見えるのも、こうした角度から理解しうる。つまり、揺れがあるように見えるのは、自らの身分を法学者に限定して論文を書いたか、広くカトリック知識人として論じようとしたのかというサレイユ自身が設定した著作の文脈の違いによるところがあるのではなかろうか。Xifaras, *op. cit.* (n. 11), pp. 86-87が、法の領域で永遠に真のドグマが存在しないと説く主張であるとサレイユの議論を描くのに対して、Mathey, *op. cit.* (n. 11), pp. 83-85が、サレイユも自然法に一定の真理性を認めたと批判するのも、同様である。現在までのところ、筆者は、サレイユという一人の論者を全体として見れば、時本が上記の96頁の注で描くとおりなのではないかと

これに比べると、現代の我々は、サレイユに従って“安定性のない統合”型の技術論に与するにあたり、とりたてて不安もないのではなかろうか。現代の我々は、実定法が一定の方向に変化する場合も、外から何か道徳的な価値を持ち込んでそれに基づいて行われるわけではないと思っているのではなかろうか。言い換えれば、技術の世界で実定的な所与から出発した現状の追認を繰り返すことで変化が生じると考えているのではなかろうか。仮にそうだとすれば、ヌエのような強力な一者が存在する社会[57]において、三木のような議論が持ちかねない危険性に対しては、やはり一定の注意が必要であると思われる[58]。

考えている。

[57] 筆者が近年の日本社会に関して懸念を感じるのは、こうしたヌエのような一者の存在についてである。会議制に近い一元論型議院内閣制やその下での解散権の行使との関連では、拙稿「苫米地事件」論ジュリ17号（2016年）40頁を参照。

[58] 本論文の議論は、道徳と緊張関係に立つ技術を論じている点で、統治のアルカナや gouvernement 概念の機能化という論点と関連している。これらについては、拙稿「平和と秘密　『永遠平和のために』の秘密条項について」法律時報87巻10号（2015年）80頁以下、「主権論の展望と課題」辻村みよ子編集代表『政治・社会の変動と憲法』（信山社、2017年）83頁以下を参照。

研究ノート

いわゆる「自画撮り」行為の刑事規制に関する序論的考察（1）

―― 児童ポルノの自画撮りを題材として ――

瀧　本　京太朗

目　次

序章
　第１節　問題の所在
　　第１項　児童ポルノの「自画撮り」被害の現状
　　第２項　自画撮り規制の早期化に向けた動き
　　第３項　自画撮りにおける「児童」の地位
　第２節　本稿の目的
第１章　自画撮りに至るプロセスと法律構成
　第１節　「大人対児童」の働きかけによる自画撮り（「自画撮り被害」類型）
　　第１項　単独正犯構成
　　　第１款　脅迫又は欺罔による場合
　　　第２款　脅迫又は欺罔によらない場合
　　第２項　共同正犯構成
　　第３項　裁判例の分析
　第２節　「児童対児童」の自画撮り類型（セクスティング）
　第３節　働きかけによらない自画撮り（児童単独類型）
　　第１項　単純所持罪（７条１項）
　　第２項　提供目的製造罪、所持罪（７条３項、７項）
　　第３項　公然陳列罪（７条６項）
　第４節　小括
第２章　児童ポルノ法の保護法益
　第１節　立法者の保護法益理解

第1項　立法段階
第2項　平成16年改正（第一次改正）
第3項　平成26年改正（第二次改正）
第4項　小括
第1款　「立法趣旨」と「保護法益」
第2款　自画撮り規制――公然陳列罪の「社会的法益」化？
第2節　裁判所の保護法益理解
第1項　全般的な保護法益
第2項　4項製造罪
第1款　保護法益理解について
第2款　量刑判断から読み取れる保護法益
第3項　公然陳列罪
第4項　小括
第1款　製造罪
第2款　公然陳列罪　（以上、本号）
第3節　学説の保護法益理解
第4節　小括
第3章　自画撮り規制のあり方
終章

序章

第1節　問題の所在

第1項　児童ポルノの「自画撮り」被害の現状

わが国における児童ポルノ犯罪の検挙件数は年々増加の一途をたどっている。平成27年版警察白書によれば、平成26年中の児童ポルノ事犯の検挙件数は1828件、被害児童数は746人であり、「児童ポルノを巡る情勢は引き続き深刻な状態にある」と警鐘が鳴らされているが[1]、平成27年には検挙件数は1938件、被害児童数は905人にまで増加し、いずれの数値も最多を更新した[2]。さらに、平

[1] 平成27年版警察白書（2015年）105頁。
[2] 平成28年版警察白書（2016年）99頁。

成28年に至っては上半期（１～６月）だけでもすでに被害児童数が781人に達し[3]、下半期も含めると総数は1313人に上った[4]。平成26年に、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律（以下、「児童ポルノ法」という）が改正され、盗撮による児童ポルノ製造（７条５項）、及びいわゆる単純所持（７条１項）が新たに処罰対象とされたため、検挙件数や被害児童数が増加するのは自然な流れではあるが、従来から処罰対象とされてきた行為の検挙件数も同時に増加しており、児童ポルノ犯罪の抑止は極めて重要な課題となっている。

このような現状にあって、警察庁はかねてより児童ポルノ対策に積極的に取り組んでおり、平成28年７月には、犯罪対策閣僚会議において「第三次児童ポルノ排除総合対策」[5]（以下、「第三次対策」という）が決定されたが、その序文では「だましたり脅したりして児童に自身の裸体等をスマートフォン等で撮影させ、メール等で送らせる形態の犯行による被害児童数が急激に増加している」という、「第二次児童ポルノ排除総合対策」[6]（平成25年５月決定）にはなかった記述が見られた。これが、「自画撮り」と呼ばれる被害態様である[7]。

---

[3] 警察庁生活安全局少年課「児童虐待及び福祉犯の検挙状況（平成28年上半期）」（http://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/jidougyakutai_fukushihan_kenkyoH28kami.pdf）（平成29年３月24日最終閲覧。ただし、現在は閲覧不能）10頁。同資料によれば、平成27年上半期の被害児童数は384人であった。

[4] 警察庁生活安全局少年課「平成28年における少年非行、児童虐待及び児童の性的搾取等の状況について」（https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/hikou_gyakutai_sakusyu/H28.pdf）（平成29年８月16日最終閲覧。以下、本稿中で引用されているウェブページはすべて同じ）18頁。

[5] http://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/third-measures.pdf
さらに、平成29年４月には、同閣僚会議において「児童の性的搾取等に係る対策の基本計画～児童の未来を守る社会のために～」が策定され、自画撮り被害を防止するための広報・啓発活動の推進や、自画撮り被害に遭った児童の心理特性に関する調査研究を行うことが宣言されている（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/kettei/170428jidou/honbun.pdf）。

[6] http://www8.cao.go.jp/youth/cp-taisaku/pdf/s-gaiyo2.pdf

[7] 第三次対策の本文には「自画撮り」という文言は見られないが、同時に公開されている「第三次児童ポルノ排除総合対策の概要」（http://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/third-measures_summary.pdf）の中に、

この被害態様は、第三次対策が策定される以前から警察庁の把握するところであり、平成24年から自画撮りによる被害児童数の統計がとられている。その推移を見ると、同年の207人を皮切りに毎年増加しており、平成27年は376人、平成28年には上半期のみでも239人、同年全体では480人に達している[8]。今や自画撮りは児童ポルノ犯罪の主要な被害態様であるといえよう。また、自画撮りに関する問題意識は各種メディアにおいても共有されており、「自画撮り」という文言を用いて児童ポルノ被害の検挙件数や被害児童数等に言及する記事・報道等も散見されている[9]。

第２項　自画撮り規制の早期化に向けた動き

さらに近時は、自画撮り被害を未然に防ぐための動きも見られる。

裁判実務上、犯人児童に自画撮りを行わせた後、その画像や動画を犯人のパソコンや携帯電話等に送信させた場合は、犯人には児童ポルノの「姿態をとらせ」製造罪（７条４項）が成立するとされてきた。しかし、同罪には未遂犯処罰規定が存在しないため、実際に犯人の下に画像等が送信されなければ処罰対象とはならない。そこで、児童の保護を万全なものとするためには、児童に対して自画撮りを行うことを勧誘することをも規制すべきという観点の下で、平成29年２月に開催された第31期東京都青少年問題協議会第１回総会において、東京都知事から「児童ポルノ等被害が深刻化する中での青少年の健全育成について」が諮問された。そこでは、児童ポルノの自画撮り被害が深刻化している現状を踏まえ、自画撮りの悪質な働きかけを条例上規制することなどを検討することが要求されている。そして、数度の専門部会が開催された後、同５月には緊急答申が示され、児童ポルノの自画撮りを一定の態様で勧誘する行為を処罰対象とする、新たな構成要件を設けるべきとの記述が盛り込まれたのである[10]。

「犯行の大部分がインターネット関連であり、自画撮りによる被害児童が急増」との記述がある。また、国会審議においても、自画撮り被害の問題が指摘されている。第186回国会衆議院法務委員会議事録第21号（平成26年６月４日）10頁（國重徹）。

[8] https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/selfy.pdf
http://www.jiji.com/jc/article?k=2017030900456&g=soc

[9] http://www.stop-jk-business.tokyo/jidori.pdf など。

[10] 第31期東京都青少年問題協議会緊急答申「児童ポルノ等被害が深刻化する中

第３項　自画撮りにおける「児童」の地位

（１）児童単独の自画撮り事犯

政府や東京都の理解によれば、「自画撮り被害」とは、児童を性的に搾取しようとする成年者が児童に対して自画撮りをするよう働きかけ、製造された画像を自分宛に送信させるまでの一連の行為を指し、性的搾取の対象である児童は「被害者」と位置づけられている。このような理解を踏まえ、第三次対策や緊急答申などでは、どのような施策によって児童を保護すべきかが検討されているのである。

しかしながら、自画撮りの問題は「被害」に限定されるものではないことが、近時の報道によって示されている。すなわち、14 ～ 17歳の女子中高生４名がSNS サービス「ツイッター」に自身の下半身の画像などを投稿したとして、児童ポルノ公然陳列罪（７条６項）の容疑で書類送検されたというのである[11]。児童は少年法による保護を受けるため、実際にこれらの児童が刑事罰を受けるということは通常考えられないが、そうであっても、児童も児童ポルノ法の行為主体であり、刑事手続の俎上の一端に載せられる可能性があることが、この事件により明らかとなったのである。これは、「自画撮り被害」ではなく、「児童単独の自画撮り事犯」の問題であるといえよう。

もっとも、児童ポルノ法は行為主体を限定していないため、同法の構成要件に該当する行為が児童によるものであっても、適用上の問題はないようにも見える[12]。しかし、上記の事件では、児童は他人の働きかけによらずに自画撮りを行っている。それを公然陳列することは、――構成要件該当行為であると同時に――自己の法益処分であり、自画撮りによる「被害者」は想定されない。大人が児童に性的虐待を加える場合を想定して制定された児童ポルノ法が、「児童単独」類型も規制対象としているかどうかは、検討を要する問題である。

での青少年の健全育成について」（http://www.seisyounen-chian.metro.tokyo.jp/seisyounen/singi/seisyokyo/31ki-menu/31toushin.pdf）13頁以下。

[11] http://www.sankei.com/west/news/160325/wst1603250038-n1.html

[12]「児童」とは０歳から18歳までという幅広い年齢層の者を含む概念であり、年齢の差によっては児童が他の児童に性的虐待を加えるケースは実際に存在している。

（２）「被害児童」の取り扱い

それでは、児童ポルノの自画撮りの問題とは、専ら「児童単独の自画撮り事犯」の問題に尽き、大人[13]対児童の「自画撮り被害」類型については、行政機関が被害撲滅により一層努めることを期待すればよいのだろうか。しかしながら、「自画撮り被害」の場合にも、検討すべき問題がある。

第三次対策や緊急答申では、自画撮り被害の主要な態様は「脅迫・欺罔」に基づくと理解されている[14]。その理解は基本的に正当である。ところが、裁判所の判断に目を転じると[15]、自画撮りをさせて児童ポルノを製造した事例の中には、児童への働きかけの態様が脅迫・欺罔ではなく、かつ、児童が積極的に児童ポルノ製造に関与しているケースが散見されている。その場合でも、多くのケースでは被告人による児童ポルノ製造罪の単独正犯とされているが、近時、児童と被告人が共同正犯の関係に立つとする裁判例が見られるのである。すなわち、警察のみならず裁判所も、児童が児童ポルノ法の規制対象となり得るという判断を示しているのである。確かに、例えば18歳に近い年齢の児童であれ

---

[13] 本稿では、18歳未満の「児童」と区別する趣旨で、18歳以上の者を「成年者」ないし「大人」と呼称する。

[14] 例えば、警察庁作成の資料では、自画撮り事犯は脅迫ないし欺罔によって行われていることが示されている（https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/news_mar28_2016_no_victim.pdf; https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/news_2017_stop_cyber_crime.pdf; https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/natsuyasumi.pdf など）。

また、近時は、入手した性的画像を用いて金銭やさらなる性的画像を要求する行為を「セクストーション」（性的脅迫）と呼称する場合がある。語句の発祥は広島県警察による注意喚起（2014年６月、現在は閲覧不能）で、スマートフォン等の不正なアプリケーションをインストールさせて脅迫を行うという手口が想定されていたようであるが、近時は、正規のSNSのメッセージ機能等で画像をやりとりした上で脅迫に及ぶ場合もセクストーションの手口とされている（https://www.ipa.go.jp/security/anshin/mgdayori20161110.html; https://www.ipa.go.jp/security/anshin/mgdayori20170810.html; https://www.ipa.go.jp/security/txt/2014/12outline.html; https://is702.jp/news/2191/ などを参照）。

[15] 警察庁が統計を開始するよりも前から、児童に自画撮りを行わせ、それを送信させる行為が児童ポルノ製造罪となるかについては、裁判実務において争点とされてきた。

ば、働きかけを受け、自らの意思で共同正犯的に関与するというケースを想定することは可能である。しかし、働きかけを行う被告人が存在する「自画撮り被害」類型のケースでは、児童はまさに性的搾取の被害者である[16]。にもかかわらず、そのような被害児童を「共同正犯」とすることが児童ポルノ法上可能であるかは、やはり検討を要しよう。

第２節　本稿の目的

児童ポルノの自画撮りという問題は、最近になって認識・対処され始めた分野であり、十分な検討が行われていない点が多い。自画撮り事犯の処罰対象は、原則的にはそれを行わせた者であるが、大人からの働きかけの有無にかかわらず、実際に自画撮りを行った児童の処遇に関する検討は急務となっている[17]。児童の行為といえども形式的には児童ポルノ法（特に４項製造罪）に該当することは疑いがないものの、その形式通りに事案を処理することが妥当かは、直ちには首肯し得ない。これらの問題に回答するためには、児童ポルノ法に与えられた目的や想定されている規制範囲など、実質的な観点から検討を加える必要がある。

本稿は、以上のような問題意識を踏まえ、「自画撮りを行った児童の処遇」という観点から、自画撮り行為の刑事規制及び児童保護のあり方について検討を加える序論的考察である[18]。

本稿の構成は、以下の通りである。

まず第１章では、「児童ポルノの自画撮り」にはどのような類型があるかを整理し、それぞれにつきどのような問題が存するかを確認する。想定される各類型において裁判所の判断がある場合は、本章で検討する。次に第２章では、

---

[16] 児童が児童ポルノを製造することに同意しても、製造罪が成立する。森山真弓＝野田聖子編著『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ法』（ぎょうせい、2005年）99頁。

[17] 行政は自画撮りを専ら「被害」として捉えているが、児童が誰の働きかけを受けることもなく自画撮りを行い、それをインターネット等に投稿するという行為は、児童にとっては何の利益もなく不合理であるが、現実には広く行われており、自画撮りを単に「被害」という観点のみから論ずるのは適当でない。

[18] 本稿は、さしあたり国内法に関する議論を中心に検討を行うものである。

わが国の児童ポルノ法の保護法益を、国会審議、判例及び学説を手がかりにして分析・検討し、自画撮りの事案を各々の見解から考察したときに、どのような帰結が得られるかを確認し、私見を構築する。最後に第３章では、第31期東京都青少年問題協議会緊急答申における「自画撮り勧誘罪」の概要と課題についての検討を中心として、児童の自画撮り被害を防止するための方策を提言する。

第１章　自画撮りに至るプロセスと法律構成

本章では、自画撮りによる児童ポルノ製造がどのようにして行われてきたか、また、どのような法律判断が下されてきたかを検討する。裁判例が存在しているのは、大人が児童に働きかけて自画撮りを行わせる「自画撮り被害」の類型のみであり、その多くは、児童に児童ポルノに該当するような「姿態をとらせ、これを写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写することにより、当該児童に係る児童ポルノを製造」する行為を処罰する、４項製造罪[19]（７条４項）の成否が問題とされている。また、前章で述べたように、裁判例中には、行政が想定している「脅迫・欺罔」を用いて働きかけを行うケースのほか、脅迫・欺罔には至らない、より「ソフト」な態様で自画撮りを勧誘するケースも見られる[20]。

また、上記の働きかけは基本的に大人が児童に対して行うことが前提とされているが、児童が児童に対して働きかけを行う場合も当然に想定される。その場合は、「大人対児童」の類型において検討したことと同様のことが妥当するのか、あるいは「児童対児童」の類型に特有の事情が存するのかが問題となる。

他方、働きかけによらず、専ら児童の意思で自画撮りを行う場合については、公開の刑事手続のルートに上ることが基本的に想定されないため、裁判例は確

[19]「姿態をとらせ」製造罪、あるいは「単純製造罪」（警察庁作成の統計など）と呼ばれることもある。本稿では「４項製造罪」と表記する。

[20] なお、ここでは、児童が自画撮りを行い、その後犯人の携帯電話等の端末に送信するまでの一連の流れが「被害」とされている。自画撮りは行ったが送信はせず、犯人の下に自画撮り画像が渡らなかった場合にも製造罪が成立するかは別途検討を要しよう。

認できていない。したがって、本稿では、「専ら児童の意思」とは具体的にどのような行為において考えられるかを、想定される事例を挙げつつ説明する。

第１節　「大人対児童」の働きかけによる自画撮り（「自画撮り被害」類型）

まずは、児童が大人から働きかけを受けて自画撮りを行う類型にはどのようなものがあるかを検討する。この類型についてはすでに多くの裁判例が出されているが、それらは自画撮りをさせた被告人を単独正犯とするもの[21]と、共同正犯とするものに大別することが可能である。

第１項　単独正犯構成

第１款　脅迫又は欺罔による場合

まずは、単独正犯として被告人を処断する裁判例のうち、脅迫又は欺罔を用いて自画撮りを行わせたケースを検討する。以下のうち①事件は脅迫、②、③事件は欺罔を用いたケースである。

①　大阪高判平成19年12月４日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は被害児童Ｃ（当時13歳）が18歳未満であることを知りながら、Ｃをして、Ｃ所有の携帯電話機を使用して児童ポルノに該当する画像を撮影した上で被告人宛にメール送信させ、４項製造罪[22]に問われた。

原審の大阪地判平成19年７月５日公刊物未登載がＣに対する間接正犯の成立を肯定したところ、控訴審で弁護人は「当時13歳の被害児童自身が、携帯電話の内蔵カメラで自分の裸体を撮影し、その画像をメール送信したものであるから、被告人に本罪の間接正犯は成立しない」と主張した。

---

[21] この中には、間接正犯が成立すると明示するものと、「単独犯」と述べるにとどまり、直接正犯とも間接正犯とも理解可能なものがある。

[22] 平成26年改正前は、「姿態をとらせ」製造罪は７条３項に置かれていたが、本稿では条文の混同を避けるため、行為時は３項であっても「４項製造罪」と表記し、判旨も〔４項〕製造罪としている。以下、亀甲括弧部分は同様の趣旨の修正である。

【判旨】

「関係証拠によれば、被害児童は、被告人との間で、自慰行為に関するメールのやりとりをしていることを、被告人から親に電話をするなどして告げ口されるのを恐れる余り、被告人の命じるままにするほかないと考えて、……画像を送信したものであることが認められるのであって、そのような本件の犯行態様に加えて、被害児童の性別、年齢等諸般の事情に照らすと、被害児童は意思を抑圧されていたと認めるのが相当であり、本件を被告人の単独犯行であるとした原判決に何らの法令適用の誤りもない」

② 東京高判平成22年８月２日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、携帯電話のサイトを通じて知り合った被害児童（当時13歳）に対し、メール等を通じて、児童ポルノ製造の真意を秘して「モデルの仕事がある」などと甘言を弄し、乳首等を露出させて自画撮りを行わせ、撮影した画像を被告人の携帯電話機宛に送信させた。

原審が被告人を間接正犯として４項製造罪の成立を肯定したのに対し、弁護人は、本罪の正犯は児童であり、被告人はその教唆犯であるが、被害児童自身が撮影する場合には被害児童の自損行為であって正犯とならないから、共犯の従属性により被告人も不可罰であると主張した。

【判旨】

「本件では、被害児童の行為が被告人によって利用された部分があるとしても、それは、『姿態をとらせ』といった構成要件に沿うものである。また、前記原判示の罪となるべき事実中、被告人が被害児童の姿態を電磁的記録媒体に描写する過程で被害児童による撮影や送信という行為が介在しているのも、犯罪構成要件である『描写』の手段・方法を原判決がより具体的に説示したことによるものであると解され……しかも、被害児童がそのような行為をしたのは、……児童ポルノの製造という真意を秘した被告人が、甘言を弄して判断能力の未熟な被害児童を錯誤に陥れたためであるから、被告人が本罪の単独正犯であることに疑問が生じることにはならない」（下線部は引用者、以下同じ）。

③ 大阪高判平成24年５月31日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は被害児童Ｂ（当時12歳）が18歳未満であることを知りながら、自宅にいたＢに依頼して、Ｂに乳房及び陰部を露出した姿態をとらせ、これをＢの携帯電話で撮影ののち被告人の携帯電話に送信させ、後日、これらの画像を不特定多数のインターネット利用者に向けて公然陳列した。

原審の奈良地判平成23年９月27日公刊物未登載が４項製造罪の成立を認めたのに対し、弁護人は、被害児童が児童ポルノ提供目的製造罪及び提供罪の正犯で、被告人はその教唆犯であって、被告人には４項製造罪の単独正犯は成立しないのに、被告人のみに同罪の成立を認めた点は不当であると主張した。

【判旨】

「確かに、本件で問題になる電磁的記録は被害者とされる児童自身が写したものであることはそのとおりであるが、被害児童から送信を受けた被告人は送信者とは別の意図でこの映像を電磁的記録として記録媒体である携帯電話の内蔵記憶装置に保存したのであり、これは被告人が被害者を撮影道具として使いその上で自己の所有する電磁的記録に係る記録媒体に児童ポルノを記録させたと評価できるのであり、このことは被告人による児童ポルノの製造行為がなされたと評価できるものである。すなわち、本件をみれば、被告人が、児童ポルノを手に入れるため、被害児童のホームページにアクセスし、自分を男子中学生と偽って被害児童とメール交換する関係を結んだ上、被害児童に働きかけて、児童ポルノに該当する姿態をとらせ、これを同児童の携帯電話機付属のカメラで撮影させ、その画像データを被告人の携帯電話機に送信させ、被告人において、同画像データを被告人の携帯電話機本体の内部記憶装置に記録しているのであり、被害児童はだまされて映像を送っており、また、本件のように利用されるとは夢にも思っておらず、その結果児童は大きく傷ついているのであり、まさに被害者にほかならず、本件被害児童を正犯ないし共犯として処罰すべき様な事案であるとはいえない。被害者が撮影行為をその意思によってなしたからといって、このことが被告人の行為について製造行為に該当すると認定することの妨げになる事情とはいえない」

【検討】

（１）脅迫類型と欺罔類型について

脅迫又は欺罔を用いて児童に自画撮りを行わせ、行為者の端末等に送信させ

る類型は自画撮り被害の典型とされ[23]、近時は行政等による注意喚起が行われている[24]。このうち、脅迫には種々の態様が考えられるが、児童の意思を抑圧したと認められるような態様で脅迫した場合は、犯人が、道具である児童を用いて児童ポルノを製造したといえるから、犯人の目的に対応する製造罪の成立が肯定されよう。また、児童が処罰対象となり得ないことは当然である。

しかし、欺罔による場合には、一律に間接正犯と考えてよいかは疑問がある。欺罔の例として想定されるのは、犯人が性別、年齢などの素性を偽って、インターネット上で児童に接触するような場合であるが、そのような場合であっても、「裸の画像が見たい」などと自画撮りを要求され、実際に製造・送信した児童は、その年齢にもよるが、児童ポルノを製造するという点については認識していると解される。また、「欺罔」は様々な点について行われることが想定される。例えば出身地を偽って自画撮りを行わせる場合や、このほかにも身長等の身体的特徴、職業、経済状況、婚姻の有無を偽る場合など、枚挙にいとまがないが、どのような点について欺罔が行われる必要があるかについての具体的な説明はない。具体的な事案によっては、間接正犯とまではいえない場合もあり得るのではなかろうか。

もっとも、この後で検討する裁判例を見ると、児童自身が児童ポルノ製造の認識を有しており、働きかけ自体は穏健に行われている場合でも４項製造罪の単独正犯が成立するとされていることから、児童自身が児童ポルノを製造していることを認識していれば、欺罔の内容は重要ではないと考えられる。欺罔による自画撮り被害と目すべきなのは、自分が製造しているのが児童ポルノであると認識させずに自画撮りを行わせる場合、すなわち、児童ポルノ性について欺く場合であると考えられるが、欺罔がなくても製造罪が成立するのであれば、実務的にこれらを区別する実益は乏しいであろう。

---

[23] 小西康弘「児童の性的搾取等の現状と対策について」児童ポルノ排除対策公開シンポジウム（平成28年11月22日）７頁以下参照。
（http://www8.cao.go.jp/youth/cp-taisaku/symposium7/pdf/discussion1.pdf）

[24] https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/measures/case_arrest.html（警察庁）、http://www.cmfm2.jp/movie/play/146/27150/10/20（警察協会作成の啓発動画）など。また、前掲注（14）の警察庁作成資料も参照。

（2）①～③事件について

①事件は脅迫のケースであり、「被害児童の性別、年齢等諸般の事情」を踏まえて間接正犯が肯定されている。すなわち、見方を変えると、諸般の事情によっては脅迫を用いても間接正犯とはならないケースがあり得ることも示唆されている。また、本件では４項製造罪のみが認定されているが、近時の裁判実務では、強要罪と４項製造罪の二罪が成立すると判断するケースも見られる[25]。

②、③事件は欺罔のケースであるが、②事件では、被告人は児童ポルノ製造の真意を秘していたとされている。他方で③事件では、自らを男子中学生と名乗った点に欺罔が認められるが、被害児童は児童ポルノを製造しているという認識は有していたものと考えられる。いずれの事件でも、所論に応答する形で、児童は錯誤に陥れられた被害者であると明言されており、児童は保護対象に位置づけられている。ただし、前述のとおり、欺罔の有無が４項製造罪の成否に影響を及ぼすことはないため、欺罔の有無やその内容は、実務的には量刑上考慮される要素にとどまると思われる[26]。

また、③事件では、「本件被害児童を正犯ないし共犯として処罰すべき様な事案であるとはいえない」という判示がある。本件被害児童は騙された上に画像を公然陳列されており、まさに性的搾取の被害者であるが、この判示からは、児童が常に被害者とみなされるわけではなく、場合によっては正犯ないし共犯とされることもあり得るという示唆を読み取ることが可能である。本件では、被告人は「送信者とは別の意図」で児童ポルノを製造したとされているが、送信者、すなわち被害児童がどのような意図で画像を製造・送信したのかは明ら

[25] 例えば、広島高岡山支判平成22年12月15日高検速報（平成22年）182頁（LEX/DB25470943）、東京高判平成28年２月19日判タ1432号134頁は強要罪と４項製造罪の併合罪とされており、東京地判平成25年８月８日 LEX/DB25501664は両者の観念的競合とされている。いずれも、脅迫により自画撮りを行わせたケースである。

なお、児童ポルノ法に関する全般的な罪数関係については、奥村徹「判例から見た児童ポルノ禁止法」園田ほか編『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、2014年）28頁以下、武田正＝池田知史「児童ポルノ法（製造罪、罪数）」判タ1432号（2017年）35頁以下が詳細な分析を加えている。

[26] 欺罔による場合は、欺罔以外の「ソフト」な手段で働きかける場合よりも悪質な態様であるといえよう。

かでない。仮に、被告人が素性を偽らず、公然陳列の意図も有していなかった場合を考えると、本件の論理からは、児童との意思連絡を認めることもあり得よう。

なお、各裁判例はいずれも、自画撮り画像が被告人の端末に送信され、その内部記憶装置に保存された時点で4項製造罪の成立を認めている。厳密には、児童が自画撮り画像を製造した時点で児童ポルノは製造されたといえるから、その時点で4項製造罪の既遂とすることも可能ではあるが、4項製造罪は、提供等の目的がなくても、児童ポルノを製造すれば、それが流通する危険性を創出する点に当罰性があると説明されている[27]。それに従うと、流通の危険性が創出されるのは、原則として被告人の手に画像等が渡ることであり、その時点が既遂時期であると解される。この点は、これ以降の裁判例でも概ね同様である。

第2款　脅迫又は欺罔によらない場合

第三次対策では主要な態様として想定されていないが、裁判例中には、被告人を単独正犯としているものの、児童に自画撮りを行わせる手段が脅迫や欺罔ではない事例も散見される。その多くは、被害児童の精神的未熟さを理由として、被告人が単独犯であると判示している。脅迫、欺罔によらない場合には、自画撮りを行った児童の可罰性が問題となり得るが、裁判例においては、児童ポルノ法違反行為に被害児童が関与したとしても、同法の立法趣旨に鑑み、犯罪が成立しないと結論付ける事例があり、自画撮りの問題を考察する上で重要である[28]。

④名古屋高金沢支判平成17年6月9日刑集60巻2号232頁（参照）は、被告人が現金5万円を児童に払って性交し、その場面を撮影して児童ポルノを製造したという事案である。本件は自画撮りの事案ではないが、児童も共犯であり被告人のみを処罰するのは不公平であるとの所論に対し、本判決は、「本条の立法趣旨が、他人に提供する目的のない児童ポルノの製造でも、児童に児童ポルノに該当する姿態をとらせ、これを写真撮影して児童ポルノを製造する行為については、当該児童の心身に有害な影響を与える性的搾取行為にほかならず、

[27] 森山＝野田・前掲注（16）99頁。

[28] このような趣旨の裁判例を紹介するものとして、奥村・前掲注（25）26頁以下。

かつ、流通の危険性を創出する点でも非難に値するというものであることからすると、児童は基本的には被害者と考えるべきである。そして、記録を検討しても、本件の被害児童が共犯者に当たるとすべきほどの事情は窺え」ないから、不公平とはいえないと判示し、また、被害者の承諾の点についても「被害児童に、違法性を阻却するほどの真摯な承諾、積極的関与があったとも認められない」として、承諾の有効性も否定した。

このように、脅迫、欺罔によらない場合であっても、裁判所は児童ポルノ法の趣旨に鑑み、児童ポルノの製造に関与した児童の可罰性を否定しているが、③事件と同様、児童が被害者であるのはあくまで「基本的」な場合であり、「共犯者に当たるとすべきほどの事情」があれば処罰対象となり得ることも同時に示唆されている。このような判示は、児童も形式的には４項製造罪や提供罪等の構成要件に該当し得るという問題意識を裁判所が有していることを示している。解釈によって児童の可罰性を否定する手法がすでに裁判所によって実践されていることは、自画撮りの問題を考察するに際し注目すべき点である。

それでは、自画撮りが問題となった事案では、どのような判断が下されているだろうか。

⑤　大阪高判平成28年１月29日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、当時13歳であった被害児童に依頼して、乳房を露出した姿態の自画撮りを行わせて送信させた。ただし、児童に対し脅迫や欺罔は用いられておらず、児童は被告人からの交際の申し込みを好意的に受け止め、任意に自画撮りを行っていたということが認定されている。

【判旨】

「被告人が、児童に法２条３項３号に係る姿態をとらせ、その上で、これを携帯電話で撮影させ、その画像データを送信させて、……児童ポルノを製造したという、被告人を単独実行正犯とする構成による児童ポルノ製造の事実を認定することができ、一審判決は、そのような本件訴因の内容に従って前記事実を認定したものにほかならず、その判断自体が相当であることは動かない。児童が自ら上記姿態をとってこれを撮影し、その画像データを被告人に送信したことが認められるが、法７条〔４項〕の規定に係る『描写することにより』との要件については、文理上その方法、態様が限定されているわけではない上、いず

れも、判断能力が未成熟な児童に対し、被告人が指示又は依頼をしてその撮影・送信を行わせたものと認められるから、やはり一審判決の事実認定やその法的評価に誤りがあるとみる余地はない。仮に、弁護人が主張するような事実認定上、法律上の構成が可能であったとしても、そのことにより、本件公訴事実に沿って認定評価を行った一審判決の判断が不当ということにはならないのであって、その主張は採用の限りではない。」また、「弁護人は、被告人が児童に画像データの送信を依頼したことについて、被告人が脅迫や欺罔をした事実はないとも主張するが、脅迫等を用いた事実がなかったとしても、そのことは、原判断の当否に影響するものではない」

⑥　大阪高判平成21年12月３日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、被害児童Ａ（当時15歳）が携帯電話の下着売買募集サイトに投稿していたのを奇貨としてＡの精神的未熟さに乗じ、金銭の支払いを条件としてＡの裸体の画像を送信するよう積極的かつ執拗に働きかけて[29]、Ａ宅でＡの裸体を撮影させ、送信させてマルチメディアカードに保存し、４項製造罪に問われた。

４項製造罪の単独犯の成立を認めた原審（豊中簡判平成21年６月25日公刊物未登載）に対し、控訴審で弁護人は（ⅰ）被害児童が提供目的製造罪及び提供罪の正犯で被告人は教唆犯である、（ⅱ）そうでない場合は、両者は４項製造罪の共謀共同正犯である、及び、（ⅲ）被害児童が正犯でない場合は、教唆犯である被告人は共犯の従属性により不可罰であると主張した。

【判旨】

児童ポルノ提供罪、提供目的製造等罪、及び４項製造罪の各規定[30]は平成11年法施行後の状況等に鑑み、「児童の権利の擁護を一層促進するために新たに犯罪化され、処罰の範囲が拡大されたものであるところ、対象となる行為は、いずれも法２条３項各号に掲げる児童の姿態を描写した児童ポルノを前提とす

[29] 被告人は画像１点につき500円を支払うと誘い、児童に５点の画像を送信させている（実際に支払いがあったかは不明である）。

[30] 平成26年改正前の判決であり、特定少数への提供罪（現７条２項）は旧７条１項、特定少数への提供目的製造等罪（現３項）は同２項に置かれていた。

るもので、当該児童の心身に有害な影響を与える性的搾取・性的虐待行為にほかならず、しかも、不特定多数の者に対する提供（法７条〔６項〕）及びその目的での製造等（同〔７項〕）の罪ではもとよりその流通が予定され、特定少数の者に対する提供（同〔２項〕）及びその目的での製造等（同〔３項〕）の罪では流通の危険性が大きく、他人に提供する目的を伴わない製造罪（同〔４項〕）にあっては描写された児童の人権を直接侵害する行為であり、流通性は小さいものの、その危険性を創出するものであるから、このような行為が社会に広がるときには、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長することになるため、児童を性的搾取・性的虐待の被害から擁護することを意図して上記各行為を処罰するものとしたのであって、当該児童は、原則的に、その被害者と位置付けられているというべきである」から、被害児童が正犯ないし共同正犯であり、被告人は教唆犯にすぎないという主張は誤りである。

また、上記の判示に先立ち、本件行為が間接正犯なのか共犯（共同正犯、教唆犯）なのかを原審が明らかにしなかったという弁護人の主張に対して、原判決が被告人を「単独犯と認定していることは明らかである」し、「間接正犯についていう点も、本件児童ポルノ製造罪の主体、すなわち正犯は被告人であって、『児童ポルノの姿態をとらせ』ることは製造の手段にすぎず、また、その写真を撮影、送信させたという事実は製造の方法であるから、この点についても原判決に所論が指摘するような理由不備ないし訴訟手続の法令違反はない」と判示している。

⑦　福岡高小倉支判平成29年３月15日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、被害児童Ａ（当時17歳）に対しては脅迫して自画撮りを行わせ、被害児童Ｂ（当時12歳）に対しては、被告人から援助交際を申し込んだ際に陰部等の自画撮りを行わせて送信させ、携帯電話に保存した。原審が４項製造罪の成立を肯定したのに対し、控訴審で弁護人は、Ａ、Ｂは純然たる被害者ではないとして、前記⑥事件の（ｉ）と同様の主張をした。

【判旨】

まずＡは、校則に違反して出会い系アプリを使用していたことを学校に通報されることを極度に恐れるあまり被告人の意のままになっていた。次に、「Ｂは、当時12歳であり、判断が未熟であったところ、被告人は、被告人から援助

交際の話を持ち掛けられた被害者Bが、好奇心や高額の対価につられて、これに応じる意思を示したのに対し、援助交際に応じるか決める上で必要であるとして被害者Bに対し陰部等を撮影した画像データを送信するよう要求し、被害者Bは、被告人の要求に応じて画像データを送信すれば援助交際ができるのではないかと誤信して、乳房や陰部を露出した姿態をとり、その画像を撮影して被告人に画像データを送信し、被告人は送信された画像データを保存することで児童ポルノを製造したことが認められる。これらの事情に照らせば、……被告人は単独で児童ポルノ製造罪の正犯となる。また、児童買春・児童ポルノ等処罰法は、買春行為や児童ポルノの製造等に当たり、当然存在する関与者としての児童につき処罰規定を設けていない一方、被害者としての児童を保護する観点から、種々の規定を設けており、児童を処罰しないとする立法趣旨が示されている。したがって、児童ポルノの被害児童らにはこれらの罪の正犯や共同正犯は成立しないから、被害者らはいずれも児童ポルノ提供目的製造罪ないし提供罪の正犯や共同正犯にはなりえない」

【検討】

⑤～⑦事件は、いずれも脅迫や欺罔によらずに自画撮りを要求し、児童がこれに応じたケースであり、弁護人はいずれの事件でも、児童が正犯であると主張している[31]。しかし裁判所は、児童ポルノ法の趣旨を援用して所論を排斥している（⑥、⑦事件）。両事件の枠組みを前提とすると、少なくとも働きかけによる自画撮りの場合は、児童が積極的に製造に関与していても被告人とは共犯関係に立たず、被告人の単独正犯が成立することとなる。特に⑦事件は、「原則的に」と述べる⑥事件よりも一歩踏み込み、児童はいかなる場合も被害者であり、③、④事件がいうような「共犯者に当たるとすべきほどの事情」は想定し得ないと判断している。他方、⑤事件は、「仮に、弁護人が主張するような事実認定上、法律上の構成が可能であったとしても」主張は採用できないと述べており、事案によっては児童を共犯とする余地を認めている。

また、⑤、⑥事件は4項製造罪の「姿態をとらせ」の意義についても言及している。自画撮り被害の類型では、被告人の端末に児童ポルノを保存するためには児童の「協力」が不可欠であるが、両事件では、児童に姿態をとらせるこ

[31] いずれの事件も同一の弁護人である。

とは「製造の手段」であり、自画撮りを撮影・送信することは「製造の方法」であると述べている。このように解することで、児童は「必要的共犯」の地位に位置づけられるため、児童が積極的に製造に関与していたという事情は捨象され、児童の可罰性という問題は浮上しないこととなろう。

第２項　共同正犯構成

⑥、⑦事件の枠組みから出発すると、児童を４項製造罪の共同正犯とする法律構成は考えられないこととなるが、③～⑤事件はこの点につき一定の留保がなされており、児童の取り扱いを巡る裁判所の判断は分かれていた。しかし近時、児童を共同正犯であると明示したケースが現れた。これらはどのような論理構成を採っているのであろうか。

⑧　神戸地判平成24年12月12日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、スマートフォンのアプリケーションを介して知り合った被害児童A（当時16歳）に自画撮りを要求し、Aをして上半身裸で乳房を露出した姿態をとらせて携帯電話機で撮影させ、それを被告人の携帯電話機宛にメールで送信させた。

公判において検察官は、主位的訴因として４項製造罪の単独正犯を主張したが、予備的訴因として、被告人と児童の共同正犯を主張していた。その上で神戸地裁は予備的訴因を認定し、法令の適用において、刑法60条が適用されることを明示した。

【判旨】

「本件のメール受信については、……被告人が、その受信の際、自己の携帯電話機を用いて何らかの具体的な操作を行ったことを示唆する証拠はない。昨今の携帯電話機のメール機能では、サーバーから自動的に個々の携帯電話機にメールデータが保存される設定となっているのが通常であり……、被告人の携帯電話機も同様であったとうかがわれることからすれば、被害児童が、当該画像データを添付したメールを被告人の携帯電話機宛てに送信したことにより、その後、被告人において特段の操作を行うことなく、サーバーを介して自動的に被告人の携帯電話機がそのデータを受信し、メールに添付された画像データごと同携帯電話機に保存されたものと推認される。このように、メールの受信

が自動的に行われ、被告人の側で受信するメールを選別したり、受信するかどうかを決定することはできない状態であったことを踏まえれば、このような方法で行われるメールの受信……をもって、被告人による児童ポルノの製造行為と捉えることは困難というほかない。」「以上のとおり、被告人が児童ポルノ製造の実行行為を行ったとは認められず、主位的訴因については犯罪の成立を認めることができないと判断した（なお、付言すると、当時16歳という被害児童の年齢や、被告人は要求の際に欺罔・脅迫等の手段は用いておらず、被害児童が被告人の要求に応じた主たる理由は被告人への好意にあったことなどからすれば、本件については、証拠上、間接正犯の成立を認めることもできない。）」

⑨　広島高判平成26年５月１日公刊物未登載

【事実の概要】

本件原審（山口地判平成25年12月18日公刊物未登載）の認定によれば、被告人は被害児童Ａ（当時17歳）から売春の申込みを示唆するメールを受信し、Ａとメールのやり取りをする過程で「月曜日まで待てんから裸の写メ送って」「送ってくれたらUPしてあげるから」「オーバーオール脱いでよ」「服脱いでパンツ撮って」「なら胸」などとメールを送信し、Ａに乳房を露出した自画撮り画像を送信させた（危害を加える旨の告知はなかった）[32]。なお、被告人はこの２日後にＡと面会の上児童ポルノ動画を製造し、さらにその翌日には、動画データを公開すると脅迫して再度の面会ないし交際を迫っており、自画撮りとは別に４項製造罪、及び強要未遂罪に問われた。

【判旨】

「原判決は、児童Ａの原判示の姿態を撮影して、その画像データを被告人の携帯電話機に送信し、その携帯電話機の記録媒体に蔵置させるに至らせるという、児童ポルノ製造の犯罪の主要な実行行為に当たるものを行ったのは児童Ａ自身であるという事実を摘示しているが、児童Ａが共同正犯に当たるとは明示しておらず、被告人に関する法令の適用を示すに当たっても、刑法60条を特に摘示していない。他方、原判決は、本件について間接正犯の関係が成立す

[32] Ａは、自画撮りを要求される数時間前に、自身の顔の画像を送信するよう求められた際、「これでオッケー？？」と送信するとともに、自身の上半身を撮影し、画像データを送信している。

るという事実を示しているものでもなく、本件の関係証拠に照らしても、間接正犯の成立をうかがわせる事実関係があるとは認め難い。しかし、原判決は、事実は摘示し、これらの行為は、被告人が、自らの意思を実現するため、児童Aとの意思の連絡の下、児童Aに行わせたものであるという趣旨と解される事実関係を摘示しているものと理解することが可能であるし、かつ、そうした事実関係を前提に犯情評価等を行っていると見ることができることなどに照らすと、原判決が、被告人と児童Aとの共謀の存在を明示せず、法令の適用に刑法60条を挙示していないことが、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認ないし法令適用の誤りに当たるとは、いまだ言い難いと考えられる」

【検討】

（1）単独正犯を否定する根拠

⑧、⑨事件の外形的特徴は、これまでに見た自画撮りの事例とほぼ同様である。しかし、この2件は児童ポルノ法の保護法益に関する判断を示さずに被害児童と被告人を共同正犯とし、さらに間接正犯の成立を明示的に否定している点で、他の事例と大きく異なっている。そのような結論に至った要因については、特に⑧事件が詳しい。すなわち、被害児童の年齢（当時16歳）、欺罔・脅迫がなかったこと、及び被害児童が被告人に好意を抱いていたことが、間接正犯の成立を否定する根拠として指摘されているのである。

しかし、単独正犯構成を採った⑥事件も、被害児童の年齢は当時15歳であり、欺罔・脅迫もなかった事案であったことに鑑みると、児童も正犯とすべき場合（共同正犯）とそうでない場合（被告人の単独正犯）を区別する基準が明確にされているわけではない。例えば⑥事件では、被告人は積極的かつ執拗に自画撮りを要求したことが指摘されているが、被害児童はもともと下着売買のサイトに自ら投稿していたのであり、精神的に未熟であるとしても、年齢を考慮して共同正犯を成立させることも可能であっただろう。また、自画撮りを行った動機について、⑧事件では被告人への好意が挙げられているが、金銭の支払いを対価として自画撮りを行わせている⑥事件と区別し得るだろうか。むしろ、好意につけこんで自画撮りを行わせたと評価して⑧事件を単独正犯とし、金銭を目的とする⑥事件を共同正犯とすべきと考えることも不可能ではなかったと思われる。

（2）実行行為性

また、⑧事件は、携帯電話の通信メカニズムを検討して被告人の実行行為性を否定している点でも他の事例と異なる、特徴的な裁判例である。

自画撮りによる4項製造罪における「罪となるべき事実」の記載方法は、「データを……電磁的記録媒体である携帯電話機本体の内蔵記憶装置に記録し、児童ポルノを製造した」（②事件の原審）とか、「携帯電話機本体に装着された……マルチメディアカードに保存し、……児童ポルノを製造した」（⑥事件の原審）とされてきた。「画像データを同携帯電話機に受信してこれに記憶させて蔵置し、……児童ポルノを製造し」たという⑧事件も、これまでと同様の記載方法であり、既遂時期は被告人の携帯電話機に画像が保存された時点である。しかし⑧事件は、児童ポルノ画像が被告人の携帯電話へ保存されるまでの過程に着目し、被告人が何もしなくともデータは携帯電話機に保存されるのであるから、被告人には実行行為性が認められないと判断している。これは、前述した⑤、⑥事件のように、児童の意思による行為であるという要素を希薄化させ、自画撮り画像の撮影・送信は児童ポルノ製造の手段ないし方法であるとする構成とは正反対のものである。⑧事件の枠組みからは、被告人が実行行為を行うことは物理的に不可能となるから、間接正犯を認定しない限り、被告人の単独正犯はあり得ないこととなる。⑧事件が明示的に間接正犯の成立を否定したのは、このような事情があったためであると理解可能であろう。また、⑧事件の枠組みにおいて、児童ポルノ法の趣旨を援用して児童を正犯の地位から除外すると、被告人の実行行為性が否定され、かつ間接正犯の認められない本件では、被告人の可罰性にも疑義が生ずることとなる。

第3項　裁判例の分析

本節では、大人が児童に対して自画撮りを働きかけた場合の処理について、裁判例を概観しながら検討を加えてきた。

（1）脅迫・欺罔類型の意義

まず、脅迫・欺罔類型（①～③事件）では間接正犯が肯定される場合が多く、脅迫を用いる場合は強要罪が同時に成立することもある。欺罔類型においても間接正犯が成立しているが、どのような点に関して欺罔が行われる必要があるのかは明確でない。また、⑤事件以降の事例を見ると、脅迫・欺罔がなくても

４項製造罪が成立すると判断されているため、この類型を取り上げる法解釈的な意義は薄い。自画撮り被害の問題は、能動的な関与が疑われている児童の法的取り扱いなのである。

（２）法律構成による結論の異同

そのような事例が④～⑨事件であったが、これらの中には、児童が積極的に関与しても、児童ポルノ法の趣旨に基づけば、児童は（原則として）正犯にも共犯にもならないと述べる事例（⑥、⑦事件）と、状況により正犯ないし共犯となる場合があるとする事例（④、⑤事件）、そして、児童ポルノ法の趣旨に言及せず、児童を共同正犯とする事例（⑧、⑨事件）に分かれており、児童の取り扱い方針は統一されていない。では、このような不統一さをどのように解すべきであろうか。

ここで押さえておくべきなのは、裁判所の法律構成にかかわらず被告人は処罰されている点と、この類型において児童が刑事罰を受ける可能性はほぼないという点である。いずれのケースでも、児童は大人である被告人から勧誘を受け、最終的に被告人の性欲を満たす客体として扱われている。また、児童は少年法の適用を受ける[33]。同法の下でも刑事処分の可能性は開かれているが（少年法20条１項）、児童ポルノの被写体として関与した児童に関しては、刑事処分の可能性は事実上存在しないと思われる。そうすると、児童との共犯関係を肯定するか否かは、被告人の処罰とは関係がないといわざるを得ない。児童ポルノ製造に積極的に関与している場合は、別途家庭裁判所のルートで児童が処分を受ける可能性は一応あり得るとしても[34]、各裁判例はあくまでも被告人となった者の処罰を問題とするものであり、それらを用いて児童の取り扱いを占うことはできない。そうすると、結局単独正犯とするか共同正犯とするかの違いは、実務的な意義に乏しいという結論が導かれそうである。

しかし、ここでの法律構成は、児童単独の自画撮り類型にとって意味を有す

[33] 児童が14歳以上のときは「犯罪少年」、それ未満のときは「触法少年」となる（少年法３条１項１号、２号）。触法少年は刑事未成年であり、刑事責任を問われない（刑法41条）。

[34] 児童を被害者と位置付ける場合は、犯罪少年ないし触法少年ではなく、虞犯少年（少年法３条１項３号）として取り扱われることとなろう。

る。すなわち、⑥、⑦事件のような思考方法を採ると、この場合にも児童に児童ポルノ公然陳列罪は成立しないこととなるが、⑧、⑨事件の枠組みによれば、児童であっても児童ポルノ法違反として摘発され得ることとなる[35]。これらの裁判例が、児童単独で行う児童ポルノ事犯があり得ることまでを予見していたとは考えにくいが、結果として法律構成の区別は、「児童単独」の類型に影響を与えることとなったのである。

（3）児童ポルノ法援用の有無

また、⑧、⑨事件では、共同正犯構成を採るにあたり、児童ポルノ法への言及がされていない点も注目される。④、⑥、⑦事件では、同法において児童は「被害者」という位置付けであると明言して児童の刑事責任を排除しているが、⑧、⑨事件では、単に共同正犯が成立するという判断にとどまっており、自画撮りに積極的に関与した児童の位置付けについて明言されているわけではない[36]。

わが国における「児童」は幅広い年齢の者を包括する概念であり、個別の育成・発展の度合いは捨象され、児童は一律に「判断能力が未成熟」と理解されている。そのような前提の下で児童ポルノ法に言及したのが、④、⑥、⑦事件であった。ところが、共同正犯構成を採った⑧、⑨事件（特に⑧事件）では、児童の成育の度合いを考慮し（すなわち、児童ごとの「個性」を認め）、画一的な「未成熟」判断を拒否している。

両事件の裁判所が④、⑥、⑦事件の理解とどのように折り合いをつけているかは判旨を見ても明らかでないが、事実関係を素直に見る限り、児童が積極的に児童ポルノ製造に関与していることは明確に読み取れる以上、――仮に、ある程度「未成熟」であることは否定しないとしても――共同正犯以外の法律構

[35] この可能性を示唆する記事として、http://internet.watch.impress.co.jp/docs/column/teens/1072425.html がある。

[36] いずれの事件でも、自画撮りを行った児童は「被害児童」と表記されており、共同正犯構成でも児童は被害者であるということも不可能ではない。しかし、いずれの児童も、自画撮りを送信した後に被告人から自画撮り画像を用いた脅迫を受けており、この点で、各児童はまさに「被害児童」なのである。よって、脅迫の前に行われた自画撮りについても児童が「被害者」と位置づけられているかは不明であるといわざるを得ない。

成を採ることは困難であると考えたのではないだろうか。このような理解から出発すると、これとは反対に、児童ポルノ法に言及している各事件の裁判所は、事実関係を見ると児童は（弁護人が主張するように）共同正犯的な関与をしているように見えたからこそ、あえて同法を援用することで、多少強引ではあるが、事実関係を踏まえてもなお単独正犯構成を採るべきと判断したと理解可能である。

二通りの法律構成のいずれを採っても被告人の可罰性自体には影響を及ぼさないが、法律構成の違いからは、裁判所が児童という存在をどのように扱っているかが読み取れる。個別判断を否定し、広汎に児童を保護しようとする場合は単独正犯構成が、そうではなく、個別判断を肯定し、児童が積極的に関与していたといえる場合は共同正犯構成が採られているといえよう。前述したように、⑥事件などでは共同正犯構成を採ることも考えられたであろう。しかし、個々の児童の成育度合いにはばらつきが予想され、その判断は相当に微妙なものとならざるを得ない。⑧事件は参考となろうが、事例の集積が望まれる。

（4）性的搾取の実質

共同正犯構成を採用した裁判例が、被写体となった児童を処罰することを志向して出されているわけではないことは明らかである。しかしながら、児童ポルノ法は児童に対する性的搾取・性的虐待を処罰することを目的とし、各種構成要件は性的搾取の態様を類型化したものである。被害児童を共同正犯と位置づけた場合、そこに性的搾取を観念することが可能なのだろうか。確かに、児童が製造に同意していたとしても４項製造罪の成否に消長をきたさないことは前述したが、同意のみで共同正犯となるわけではない。刑法60条が児童に適用されるということは、児童は被告人と共同して犯罪を実行したということであり、⑧、⑨事件の児童の年齢からすれば（16、17歳）、被害児童は犯罪少年として摘発すべきことになりはしないか。両事件において各児童がどのように処遇されたかは不明であるが、性的搾取を受けた上に何らかの処分が行われることが妥当かは議論すべき問題である。共同正犯構成は、「性的搾取」とは何かという点について再考を迫っているのである。

第２節　「児童対児童」の自画撮り類型（セクスティング）

これまで検討してきたケースは、「大人が児童に対して」働きかけを行った場合である。児童ポルノ法を検討する際は概ねこの前提が根底に置かれていたように思われるが、「児童対児童」の類型も、当然考えられよう。ここで問題となるのは、児童間で自画撮りの送受信が行われた場合にも、それを児童の性的搾取ということができるかである。脅迫・欺罔を用いる場合は間接正犯となり、児童間といえども４項製造罪が成立すると思われるが、それらを用いず、児童同士が互いに同意し合って送受信する場合が特に問題となる。このような態様は、「セクスティング」と呼ばれることがある[37]。

前節で検討した裁判例に基づけば、勧誘した側の児童に関しては４項製造罪が成立することが考えられる。また、法律構成によっては、勧誘を受けて自画撮りを撮影・送信した児童も共同正犯となろう。ただし、真摯な交際関係にあり、社会的相当性が認められる場合は、例外的に違法性が阻却されると考えられている[38]。

もっとも、この類型では働きかけをする側もされる側も児童であるから、この類型の議論は、実務的な意義がより乏しいようにも思える。しかし、前節における児童はあくまで働きかけを受ける側であった。確かに、この類型でも、働きかけを受けた児童については前節と同様のことが妥当するであろう。しかし、そうではなく、大人と同じように働きかけを行う側に回った場合には、事例によっては刑事処分もあり得るのではなかろうか[39]。前述したとおり、「児童」

---

[37] 園田寿「セクスティングと児童ポルノ製造罪」園田・前掲注（25）34頁は、「出会い系サイトやSNSなどを通じて知り合いになった児童に対して、言葉巧みにその児童の裸体写真などを送らせる行為」、すなわち⑤～⑨事件のようなケースもセクスティングに含めている。しかし、元は恋人同士での送受信を指す用語として用いられており、この語句の射程は一義的ではない。本稿では、児童同士での送受信のみを「セクスティング」と呼称する。

[38] 森山＝野田・前掲注（16）99頁。

[39] 例えば東京高決平成27年７月３日判タ1431号（2017年）163頁は、強制わいせつ後、後で見て楽しむために被害児童の胸を撮影した少年（非行時12歳９か月～13歳１か月）につき、強制わいせつ及び児童ポルノ法違反の触法少年として初等少年院送致を決定した原決定を是認しているが、少年の年齢によっては逆送致・刑事処分も考えられよう。

ただし、国会審議の過程では、買春の相手方となった児童を虞犯少年（少年法３条１項３号）として処遇する可能性については議論されているが、児童自

の年齢幅は広く、例えば高校生が小学生に対して性的搾取行為を行うということは十分に考えられる。すなわち、脅迫・欺罔を用いなくても児童間の性的搾取が肯定される場合を検討する意義は、なお存するのである。

この点の判断の指標となり得るのは、児童間の性的判断能力の程度差ではないだろうか。例えば、17歳の児童Xが12歳の児童Yに自画撮りを要求する場合は、児童Yの同意があり、相互に自画撮り画像を送信し合ったとしても、児童Xの行為は性的搾取といえ、4項製造罪の単独正犯が成立する余地があろう。他方、これとは異なり、年齢が近い者同士で送受信をし合った場合は、いずれか一方のみに4項製造罪の単独正犯を成立させることは消極的に解されるのではないだろうか。その根拠は、性的判断能力の差の大小に求めることができよう。先の17歳と12歳の事例のように、一方の性的判断能力が浅薄で、他方の性的判断能力がそれを上回るといい得る程度であれば、浅薄な方の児童は性的搾取の被害者といえるから、単独正犯が成立すると考えられるが、いずれの児童も性的判断能力が浅薄、あるいは浅薄でなくとも同水準であれば、一方による搾取という構図は描きにくい。その場合は共同正犯構成を採るか、児童の性的搾取が観念されないことから不可罰とする構成も考えられよう[40]。性的知識ないし性的経験の有無ないし多寡は児童ごとに差異があり、その判断は容易でないが、これまでに見た裁判例では、年齢を一応の指標として単独正犯か共同正犯かを判断していると理解することも可能である。セクスティングの場合も、個別の事情があればそれを考慮するとしても、年齢を一応の指標とするということは可能であろう。

また、実際には、年齢等の差異がなくてもセクスティングのケースは摘発対象とされているようである。すなわち、報道によれば、中学校の男子生徒が複数の女子生徒に対して裸の写真を送るよう要求し、入手した画像を他の生徒に転送し、さらに生徒間で転送が繰り返されたという事件が挙げられており、女

身が児童ポルノ法違反行為の加害者となる場面は議論されていない。虞犯少年については、第145回国会衆議院法務委員会議事録第12号（平成11年5月14日）8頁（福岡宗也）、17頁（日野市朗、大森礼子）、20頁（坂上富男、松尾邦弘＝政府委員）などを参照。

[40] ただし、児童の同意が犯罪の成立に影響しないとされていることとどのように整合性をつけるかという問題は残る。

子生徒に自画撮りを要求した生徒を児童ポルノ製造・提供容疑で、転送した生徒を提供容疑で書類送検し、男子生徒と画像を交換し合った女子生徒についても製造容疑で立件されたというのである[41]。ただし、詳細な事実関係や、何項の「製造」罪が適用されたかは不明であるが、この事件では、画像を入手した男子生徒が順次拡散していたという事情がある。仮に画像を提供した女子生徒らの同意がないまま、他の男子生徒らに順次画像が転送されていたのであれば、この事件は単なる「セクスティング」のケースではなく、まさに性的搾取の事案であろう[42]。

形式的に児童ポルノ法を見れば、児童対児童の類型であっても同法の構成要件に該当していることは否定しようがない。例えば、恋人同士で自画撮りを送信し合う場合も、形式的には提供目的製造罪及び提供罪の構成要件に該当するといえる。しかし、実際にそのように擬律することを許容すべきであろうか。児童ポルノ法がセクスティングのような行為態様をも想定して、いわゆる「写メール」のサービスすら携帯電話機に実装されていなかった平成11年に制定されていたかについては、否定的に解さざるを得ない。ここでも、前節の共同正犯構成と同様に、「性的搾取」とは何かが改めて問われているのである。児童ポルノ法が何を規制し、それにより何を守るために作られた法であり、行為者を処罰するときの背後にある実質的な処罰根拠は何なのかを明らかにしなければ、処罰範囲の明確化を図ることはできない。

情報通信技術の発展に伴い、児童ポルノ法でカバーすることが求められる範囲は拡張傾向にある。立法当時は自画撮りやセクスティングの問題などは想定し得ず、「性的搾取」の意義を検討する必要性は、今ほどはなかったであろう。しかしながら、誰でも容易に児童ポルノを製造することが可能となった現在にあっては、「性的搾取」といえるためのハードルは下がりつつあるように思われ、それが妥当かどうかを検証する作業が求められているのである。そのためには、児童ポルノ法の保護法益を改めて確認する必要がある。

---

[41] 朝日新聞デジタル2017年７月30日付記事参照。（http://digital.asahi.com/articles/ASK7F7H03K7FOIPE032.html?rm=574）

[42] 女子生徒を製造罪として立件した点については、「製造」の客体が明らかでないため、本稿では立ち入らない。

第３節　働きかけによらない自画撮り（児童単独類型）

本稿における第一次的な問題関心は本節で検討する「児童単独」類型の考察であるが、この類型については判例資料が見当たらない。前述したとおり、児童は少年法による保護を受ける。また、この類型においては他人の個人的法益を侵害することは想定されず、前節までの「自画撮り被害」類型と比べて違法の程度は低いため、逆送致処分の可能性も考えにくいことも考えると、この類型に関する判例の集積は期待できない。しかし、現に公然陳列罪での摘発事例は報道によって確認されており、自画撮り対策が今後本格化する中で、この類型の規制が進むこともあり得る。刑罰の可能性がなくとも家庭裁判所による処分のルートはなお開けており、自画撮りを行った児童をこの俎上に載せてよいかは、やはり検討すべき問題である。この類型を解決するためには、やはり児童ポルノ法の保護法益や児童の「性的搾取」の実質を明らかにする必要がある。その点の検討は次章で行い、本節では、この類型としてどのような場合があり得るかを確認する。

その際押さえておく必要がある点が２点ある。まず、児童単独類型においては、児童に４項製造罪が成立する余地はないという点である。同罪は、「児童に第二条第三項各号のいずれかに掲げる姿態をとらせ」ることを要件としており、「とらせ」という文言から、製造する者と被写体の二者関係が前提とされているが、自画撮りを要求する者がいないことを前提とする場合、児童自身が自身に対して姿態を「とらせ」ることは、文言上不可能だからである[43]。

次に、児童ポルノ法が児童単独類型を規制すると、処罰範囲にアンバランスを生ずるのではないかという点である。すなわち、自画撮りを行い、それを提供したり公然陳列したりすること自体は、大人がこれを行う場合も当然考えられる。いわば「大人単独」類型ということとなるが、被写体は大人であることから、児童ポルノ法は適用されない。しかしながら、児童ポルノ法は刑法175条よりも法定刑が重く、児童が自画撮りをした場合は児童ポルノ法という重い規範に違反したと評価され、他方、大人が自画撮りをした場合は刑法175条にとどまり、あるいは不可罰となることが考えられ、このような結論が妥当かど

[43] 園田・前掲注（25）36頁。もっとも、立法時において、児童を主体から除外するという意図で「姿態をとらせ」という文言が用いられたわけではない。

うかが問題となるのである。ただし、この点が本当にアンバランスかを確認するためには、やはり児童ポルノ法の保護法益を検討する必要がある。なぜなら、外形上同一の行為を行っていても、児童の行為と大人の行為とを区別する意義が認められるのであれば、アンバランスとはいえないからである。よって、本節ではどのようなアンバランスの問題があるかを述べるにとどめ、実際そうであるかは次章で検討する。

第１項　単純所持罪（７条１項）

まず、児童が自画撮り画像を自己の性的好奇心を満たす目的で所持すると、形式的には単純所持罪の構成要件に該当する[44]。具体的なケースは考えにくいが、例えば、現在の自分の姿態に性的好奇心を抱き、自己の裸の自画撮りを行うケースなどが、絶対に想定されないとはいえないであろう。

ここで問題となるのは、単純所持罪が導入された経緯に照らして、上記のような児童を規制することが可能かという点である。すなわち、単純所持罪は国際的な動向を踏まえつつ、児童の権利を守るためには供給側のみならず需要側の行為をも処罰対象とすることが必要との観点の下で導入された犯罪である[45]。国会審議の詳細は後述するが、児童は専ら被害者として想定されており、自身の自画撮り画像を単純所持した児童を処罰することには困難を伴うのではないかという問題が生ずる[46]。また、児童が自画撮りを行い保存すると単純所持罪となるのに、大人が自画撮り画像を所持する行為については処罰規定がないという点で、児童と大人との処罰範囲のアンバランスが生じているのではないかも問題となる[47]。

---

[44] 携帯電話等に保存した場合は児童ポルノ電磁的記録「単純保管罪」となるが、区別を要する場合を除き、本稿ではこれらをまとめて「単純所持罪」と表記する。

[45] 第186回国会参議院法務委員会議事録第24号（平成24年６月17日）１頁（ふくだ峰之）。

[46] 髙山佳奈子「所持規制の刑法上の論点」園田ほか・前掲注（25）76頁。

[47] 児童自身の性的好奇心を満たす目的で、自身の自画撮り画像を所持することでは単純所持罪を構成しないという見解として、石井徹哉「個人の尊重に基づく児童ポルノの刑事規制」井田ほか編『川端博先生古稀記念論文集［下巻］』（成文堂、2014年）402頁。

第２項　提供目的製造罪、所持罪（７条３項、７項）

提供目的製造罪ないし所持罪は、目的とされた提供の相手方が特定少数か、不特定又は多数かによって適用条文及び法定刑が異なるが[48]、外形的行為は異ならない。

ここで想定されるのは、児童ポルノが有償取引の客体として価値があることを知った児童が、自分の児童ポルノ画像を販売して金儲けをしようと思い、自己の裸を自画撮りして児童ポルノを製造し、ツイッターなどのSNSサービスにおいて告知を行い、申込みがあったときに画像を相手方に送信するという場合であり[49]、現実にも、そのようなケースがSNS上で多数見られるようである[50]。このケースにおいて、販売（提供）する目的で自画撮りを行えば提供目的製造罪の構成要件に、また、申込みに備えて自画撮りした画像をハードディスクなどの記録媒体に保存すれば提供目的所持罪の構成要件に、申込みがあったときにこれを送信したときは提供罪の構成要件に、それぞれ該当することとなろう。

もっとも、この場合は相手方からの働きかけがあることを想定して自画撮りを行うものであり、働きかけを受けた時点で児童が被害者となる余地もあろう。しかし、それがない時点では、――仮に発覚した場合は――同罪の構成要件に該当することとなる。児童が積極的に児童ポルノを製造し、それを所持しているという事情に鑑みると、児童といえども法の規制に服すべきという主張も考えられるが、ここでも、大人が同様の行為をした場合との比較が問題となる。すなわち、上記のケースを仮に大人が行った場合はわいせつ電磁的記録有償頒

[48] 原則としては、不特定又は多数に対する提供目的が想定されよう。特定少数に対する提供目的は、主に一定の人的関係に基づくセクスティングの場合で想定され得る。

[49] 園田・前掲注（25）36頁も同旨。

[50] 近時は金銭ではなく、大手ネット通販サイトを利用して商品券や品物を自宅に送付させ、それらが到着した後で自画撮りの画像ないし動画をSNS経由で送信するという手口が流行しているようである。児童が欲しい物をリストアップして匿名で公開し、児童の自宅住所は非公開のまま、児童ポルノの閲覧を希望する者が商品を購入すると、そのまま児童宅に発送させることが可能であり、このようなシステムが児童ポルノの供給の一助となっていることは、相当に懸念すべきであろう。

布目的保管罪（刑法175条２項）のみが成立するにすぎず[51]、提供目的での製造行為については構成要件がなく、不可罰である。刑法175条の法定刑は２年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金若しくは科料、又は懲役と罰金の併科であるのに、同一の行為を児童が行った場合は児童ポルノ提供目的製造罪及び所持罪が成立することになり、７条７項のケースだと[52]、最大で５年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれらの併科という、刑法175条を大幅に上回る刑が科される可能性がある。ここでも、法定刑の差を説明するために児童ポルノ法の保護法益を明らかにすることが求められている。仮に同法が個人的法益に対する罪であり、刑法175条のような社会的法益に対する罪とは罪質が異なっているとして、法定刑の差を説明できたとしても、さらに、同様の行為を成人が行った場合は社会的法益を侵害し、児童が行った場合は個人的法益を、あまつさえ自己の法益を侵害するとして法規制に服すべきこととなるのかが別途問題となろう。

第３項　公然陳列罪（７条６項）

前項で検討した罪が成立するケースとして想定したのは、後に他人からの働きかけがあり得ることを前提として、いわばそのための準備行為として製造・所持する場合であるが、公然陳列罪が問題となるケースとして想定されるのは、事後的な働きかけを前提としない場合である。先に見たように、児童が自画撮りした画像を投稿して児童ポルノ公然陳列罪で検挙された事件こそ、ここで想定される代表的事例である。少年らは、SNS のアカウントを匿名に設定し、身分が露呈されないようにしながら画像を投稿し、閲覧者が増えると嬉しかったという動機でこのような行為を行っていたとされているが、そうだとすれば、自画撮り画像を投稿する行為は、――軽率な行動であることはさておき――児童が専ら自身の精神的な満足を得るために行っていると理解すべきであろう[53]。また、公然陳列するために自画撮りを行った場合は、公然陳列目的製造

[51] 求めに応じて送信した場合は、わいせつ電磁的記録頒布罪（刑法175条１項前段）の構成要件に該当する。

[52] 本稿で示した事例では想定しにくいが、特定かつ少数の者に対する提供目的の場合は７条３項の提供目的製造等罪となる。

[53] あるいは、前項で見たように有償で提供することを意図して、申込みを誘因

罪（７条７項）の構成要件にも該当しよう。

ここでも前項と同じく、児童と大人とで、処罰の差の問題が生ずることとなろう。すなわち、大人が自画撮りを行い投稿したときはわいせつ電磁的記録公然陳列罪（刑法175条１項前段）にとどまるのに、児童が投稿すれば児童ポルノ公然陳列罪（７条６項）とされるというアンバランスが、再び生じ得るのである。しかし、児童ポルノ法が児童個人の権利を保護するものであるとしても、「公然陳列」という実行行為の性質上、公然陳列罪に限っては、児童個人の権利と同時に社会的法益も害されるという立論も考えられよう。この点についても次章で検討する。

第４節　小括

本章では、児童の自画撮り行為がどのような法的問題を生じさせるかを概観した。「自画撮り」という行為態様は、少なくとも平成11年に児童ポルノ法を制定する過程では想定されておらず、この問題は技術の進展に伴って生じた現代的課題である[54]。

自画撮りが問題となった従来の裁判例では、自画撮りをさせた被告人は単独正犯とされてきた。特に、欺罔、脅迫のない働きかけの事案（⑤～⑦事件）では、児童ポルノ法の保護法益に言及するなどして、児童は基本的に被害者であり、処罰対象ではないと判示し、被告人による４項製造罪の単独正犯が肯定されているが、あえてこのような判断が示されているのは、純粋に形式的な観点からすれば、児童が構成要件の主要な部分を自らの意思で実行していることは否定できず、児童の可罰性を否定するためには児童ポルノ法の趣旨に言及する必要があったためであると考えられる。また、児童の性的同意能力は、18歳以上の成年者と比べて劣っていると考えられており、児童の同意があっても犯罪の成否には影響しないことから、行為者による脅迫・欺罔がない場合や、あまつさえ児童自身が積極的に自画撮り行為に関与していたとしても、そのことをもって児童に対する虐待性ないし搾取性が否定されるわけではないことを、各裁判

する趣旨で自画撮りした画像の一部を投稿するというケースも考えられよう。

[54] 携帯電話機に現在の電子メール機能が初めて搭載されたのは平成11年１月、カメラ付きの携帯電話機が初めて販売されたのは同９月のことであった。

例は示している。

ただし、⑧、⑨事件のように、近時は児童も行為主体たり得ることを示唆する裁判例も見られるようになっており、裁判所の判断はなお統一されていない。判断にばらつきが見られる直接の原因は、主体の限定がなされていないことであると考えられるが、立法時に児童ポルノ法の行為主体を限定しなかったのは、――⑧、⑨事件のような形で――児童も主体となり得るという発想に基づいていたわけではなかったように思われる。児童と大人が同一の自画撮り行為を行った場合に、法定刑にアンバランスが生じるのではないかという問題も、児童は元々提供罪や公然陳列罪の行為主体として想定されていなかったことに起因するものといえよう[55]。

もちろん、立法の経緯にかかわらず、構成要件の主体が限定されていない以上、先に見た擬律判断や裁判例の結論に理論上の矛盾はない。しかしながら、児童が大人よりも重い罪に擬律される場合があり得るという帰結を、児童ポルノ法の枠組みを検討せずに導くことは妥当でなかろう。

そこで次章では、自画撮りを念頭に置きつつ、児童ポルノ法全体や、必要に応じて個別の条文の保護法益について検討を加え、児童を規制対象とすることが可能か否か、また、児童と大人とのアンバランスを正当化することが可能か否かを明らかにする。

第２章　児童ポルノ法の保護法益

[55] もちろん、児童が他の児童の意に反して撮影したり公然陳列したりする場合は、行為主体が児童であっても児童ポルノ法の規制対象となるから、主体を限定しなかったことに問題はない。例えば東京高決平成27年７月３日判タ1431号（2017年）163頁は、強制わいせつ後、後で見て楽しむために被害児童の胸を撮影した少年（非行時12歳９か月～13歳１か月）につき、強制わいせつ及び児童ポルノ法違反の触法少年として初等少年院送致を決定した原決定を是認している。ただし、国会審議の過程では、買春の相手方となった児童を虞犯少年（少年法３条１項３号）として処遇する可能性については議論されているが、児童自身が児童ポルノ法違反行為の加害者となる場面は議論されていない。虞犯少年については、第145回国会衆議院法務委員会議事録第12号（平成11年５月14日）８頁（福岡宗也）、17頁（日野市朗、大森礼子）、20頁（坂上富男、松尾邦弘＝政府委員）などを参照。

本章では児童ポルノ法の保護法益について検討を加えるが、同法に規定されている児童ポルノ関連行為は主として所持、製造、提供、運搬、輸出入、及び公然陳列に大別され、それぞれ外形的特徴がまったく異なる。しかし、従来の議論では、これらをまとめて「児童ポルノ法」全体の保護法益が検討対象とされてきたように思われるが、外形的な行為が異なる各行為のすべてに同一の保護法益理解を及ぼす必然性はないであろう。よって、本稿では児童ポルノ法の全般的な保護法益とともに、特に自画撮りが問題となりやすい製造罪及び公然陳列罪の保護法益についても、別途検討を加える。

第１節　立法者の保護法益理解

まず本節では、立法者が児童ポルノ法の保護法益をどのように理解していたかを分析する。同法の保護法益を巡っては、立法段階から国会議員による議論が展開されていることから、立法者意思を最初に確認した上で、学説及び裁判実務での理解を検討することとした。

児童ポルノ法が施行されたのは平成11年のことであった。そこから、平成16年改正によって法定刑が引き上げられると同時に、現在の２項提供罪、２項提供目的製造等罪、及び４項製造罪が新設された。また、平成26年改正では単純所持罪と５項製造罪が新設され、現在に至っている。以下では、同法の沿革に沿って概観していく。

第１項　立法段階

児童ポルノ法は、参議院法務委員会で審議が始まった。平成11年の立法時には、それまでの法制度の不備がまず述べられている。すなわち、立法以前は13歳以上の者に対する買春は刑法の処罰対象ではなかった。また、わいせつ図画の規制は性的な秩序、道徳、風俗の維持を目的とするものであり、児童の権利の擁護を目的とはしておらず、わいせつ図画に当たらない児童ポルノも存在している、というのである[56]。次に、児童ポルノに係る行為を処罰対象とする理

[56] 第145回国会参議院法務委員会議事録第８号（平成11年４月27日）２頁（円より子）。

由については、児童ポルノの製造、頒布[57]は「その児童ポルノに描写された児童の心身に長期にわたって有害な影響を与え続けます。また、このような行為が社会に広がるときには、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長することになるとともに、身体的及び精神的に未熟である児童一般の心身の成長にこれもまた重要な影響を与えるものと思われます」と答弁されている[58]。また、児童ポルノの製造を処罰する趣旨については、製造行為は「それ自体が当該児童に対する性的搾取、性的虐待であると評価することができ」ると説明されている[59]。

ところで、児童ポルノ法には罰則規定の後に、捜査及び公判における配慮を求める規定（12条1項）があるが、その趣旨については、児童は精神的に未熟であり人権を自ら守ることができないため配慮を要することや、捜査過程で児童から事情聴取を行う場合には同様の配慮を要することが挙げられており、そのような配慮が必要である理由は、「本件で被害に遭った児童を保護するということが法の基本的な理念であ」り、「取り調べの過程あるいは公判の過程で、そういった児童が精神的、身体的に立ち直っていくことを妨げてはならないし、あるいはむしろ児童が非行少年あるいは加害者扱いされてはならない」からであるとされている[60]。

また、被写体児童は実在の児童でなければならず、実在性が認められない児童の姿態が描写されているものは児童ポルノに含まれないと解釈すべきことも、答弁において明らかにされた[61]。

参議院法務委員会を経て、法案は本会議で全会一致で可決された後、衆議院へ送付され、同法務委員会で審議された。その冒頭では改めて提案理由に関して質問が行われたが、立法担当者は、内心の自由や性風俗を規制することは本来法案の目的ではなく、「あくまで具体的な虐待や搾取の行為を禁止するもの」であるものの、児童買春や児童ポルノに係る行為の「対象になっていない児童についても、健全な性的観念を持てなくなるなど、その人格の完全かつ調和の

---

57 現行法では、頒布等の罪は6項提供罪に解消されている。
58 前掲注（56）2頁（円より子）。
59 前掲注（56）6頁（大森礼子）。
60 前掲注（56）6頁以下（橋本敦、大森礼子）。
61 前掲注（56）4頁（千葉景子、大森礼子）。

とれた発達が阻害されることにつながる」ことから、「そこから児童一般を守るとともに、児童を性欲の対象としてとらえることのない健全な社会を維持することもこの法案では目的とし」ていると答弁している[62]。そして、この答弁の直後に、「刑罰法規の部分については、まさに内心の問題ではなくて、実際の侵害の行動を処罰するものだ、これは間違いない。ただ、そういったことの結果として、刑罰法規とは違った意味の部分のところで、そうした風潮を抑止するという効果もある、それも目的に入っている。ただ、あくまでも刑罰法規は行動についてのものである」という理解でよいかという質問があったが、立法担当者はこれを是認している[63] [64]。

このほか、衆議院法務委員会では、「性的搾取」についての考え方も示されている。すなわち、児童買春についてではあるが、構成要件に学校の教員や施設の長などといった「優越的地位」に関する規定を設けなかった理由につき、「もともと性的搾取と申しますのは、性的に大人が子供を物として使用するということが含まれております。その使用する性的搾取や性的虐待ということは、いわゆる年少者で力のない子供たちを大人が利用するわけですから、そこに既に優越的地位等が入っているのではないか」という答弁がなされている[65]。さらに、児童ポルノ頒布罪の法定刑がわいせつ物頒布等罪の法定刑よりも重い理由については、法案の目的から考えると「このような児童ポルノに該当するものはより違法性が高い」からであるとされている[66]。また、被写体児童の実在性に

---

[62] 第145回国会衆議院法務委員会議事録第11号（平成11年５月12日）１頁以下（枝野幸男、円より子）。参議院で「児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長することになるとともに、身体的及び精神的に未熟である児童一般の心身の成長に」重大な影響を与えると説明したのは、このような趣旨に出たものであるとされている。

[63] 前掲注（62）２頁（枝野幸男、円より子）。この点を指摘するものとして、永井善之「児童ポルノの刑事規制について（二・完）」法学67巻４号（2003年）145頁。

[64] 同様の質疑として、前掲注（55）27頁（木島日出夫、林芳正）。

[65] 前掲注（62）５頁（池坊保子、大森礼子）。

[66] 前掲注（55）10頁（福岡宗也、大森礼子）。答弁を受け、質問者は「保護法益の面が、一般的な性風俗というような抽象的なものよりも、具体的な、モデルになった児童というものの人権保障、人権侵害的な要素というものを強く取り上げて違法性が高いという判断をした」ものと理解している。前掲注（62）６頁（大森礼子）は、児童の実在性を根拠として児童ポルノ頒布罪の違法性の

ついては、参議院法務委員会と同様の質疑応答がなされている[67]。

第２項　平成16年改正（第一次改正）

平成16年改正では、法定刑の引き上げと、懲役と罰金の併科規定が導入されたほか、「頒布」「販売」及び「業として貸与」という文言が「提供」に集約され、提供目的での製造・所持などの構成要件が新設された。「提供」に集約された各行為態様は不特定又は多数に対する行為であることが前提とされていたが、本改正では、特定少数の者に対する場合にも刑罰を科すこととし、その規定が新設され、従来から規定されていた、不特定又は多数に対する場合は重く処罰されることとなった[68]。さらに、現在の４項製造罪も本改正によって新設された（当時は７条３項）。

審議では、法定刑を引き上げた理由について、悪質な事案に対しては厳しい刑罰を科すことを可能とすると同時に、児童ポルノが「児童の権利を著しく損なうこれらの犯罪が強い非難に値することを明らかにする」ことを社会に対して明らかにするためであると説明されている[69]。また、本改正では単純所持罪の創設は見送られたが、「児童ポルノの所持が児童に悪影響を与えることは明白」であることから、提供目的所持を処罰対象としたとされている[70]。

先に述べたように、「姿態をとらせ」製造罪の趣旨については、他人に提供する目的を伴わなくても、児童ポルノを製造する行為は、「これが、強制によるものでなくても、その児童の心身に有害な影響を与える性的搾取行為にほか

強さを説明している。

[67] 前掲注（62）４頁（枝野幸男、大森礼子）によれば、顔のみが実在の児童で、姿態を想像して裸の絵を描いた場合は、姿態が架空であるため実在性が否定される。また、前掲注（55）６頁（木島日出夫、大森礼子）によると、実在する児童の姿態が描写された写真に、実在する別の児童の顔の写真を合成した場合は、「顔」ではなく「姿態」の実在性に着目して児童ポルノ性が肯定される。

[68] 島戸純「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律」現代刑事法６巻10号（2004年）63頁。

[69] 第159回国会参議院法務委員会議事録第23号（平成16年６月10日）17頁（武山百合子）。

[70] 前掲注（69）17頁（武山百合子）。同答弁では、児童ポルノ所持規制については議論を重ねながら３年後に必要な見直しを図っていきたいとされている。

ならず、かつ、流通の危険性を創出する点でも非難に値」すると説明されている[71]。このとき、被写体児童が撮影に同意していたとしても「当該児童の尊厳が害されていることは否定できず、児童を性的行為の対象とする風潮が助長され、抽象的一般的な児童の人格権が害される」ため、製造罪が成立するとされている。ただし、真摯な交際関係にあり、社会的に相当と認められる児童の承諾の下で製造された場合には、例外的に違法性が阻却され、犯罪が成立しない場合もあり得るとされている[72]。

第３項　平成26年改正（第二次改正）

平成26年改正の主要な点としては、単純所持の処罰規定が新設されたほか、いわゆる「３号ポルノ」（２条３項３号）の定義が改正された。さらに、児童に対する性的搾取及び性的虐待に係る行為を一般的に禁止する規定（３条の２）と、盗撮を５項製造罪として処罰する規定も新設されている。

（１）単純所持について

まず単純所持罪を新設した理由については、旧法は児童ポルノの「供給側」を中心として処罰対象行為を規定していたが、それのみでは児童ポルノの根絶が不可能であり、「児童の権利を守るためには需要の側の行為をも処罰対象とすることが必要である」[73]とされている[74]。単純所持罪の保護法益に関しては、第３節で検討する。

（２）疑似児童ポルノの規制について

---

[71] 森山＝野田･前掲注（16）99頁、島戸･前掲注（68）63頁。また、島戸純「『児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律』について」警察学論集57巻８号（2004年）97頁は、流通の危険性の創出は、社会的法益を危殆化するものである旨解説している。

[72] 森山＝野田・前掲注（16）100頁以下。

[73] 第186回国会参議院法務委員会議事録第24号（平成24年６月17日）１頁（ふくだ峰之）。

[74] 製造罪において違法性が阻却される場合があり得るように、ここでも、社会的に相当な同意の下で撮影された写真等を所持していた場合には、違法性が阻却されよう。

本改正の審議では、アニメや漫画等の、いわゆる「疑似児童ポルノ」を規制する規定を新設しなかった理由についても質疑があった。この点について立法担当者は、①児童ポルノ法は「第一義的には実在の児童の権利を保護することを目的として」いること、児童を性欲の対象とする風潮を助長するおそれはあるが、②表現の自由に関わる問題があること、及び③疑似児童ポルノが児童の権利を侵害するかは明らかにされていないことを挙げて説明している[75]。また、別の質疑では、「客体となる児童については生存していることを要するというのが……法の趣旨からの帰結」であるという答弁もなされている[76]。

次に、単純所持の一般的禁止規定（３条の２）を導入した趣旨は、「児童ポルノの存在は、児童ポルノに描写をされた児童の心身に長期にわたって有害な影響を与え続けるものである」ため、自己の性的好奇心を満たす目的の有無にかかわらず、児童ポルノを「みだりに」所持することを禁じたとされている[77]。

（３）児童ポルノの定義について

いわゆる３号ポルノの定義については、国会審議でも従来からその明確性に疑義が呈されていた。そのため、本改正においては、「殊更に」「性的な部位」「強調」といった要件が追加された[78]。

---

[75] 前掲注（73）２頁（山下雄平、ふくだ峰之）。

[76] 前掲注（73）３頁（小川敏夫、階猛）。ただし、質疑で問題とされたのは「既に過去に死んで亡くなってしまっている児童の死体の写真」である。しかし、児童が生存していることを要求するのであれば、過去に死亡した児童の生前の姿態が描写された物であっても児童ポルノに該当しないこととなろう。

また、議事録では「死体」の写真と表記されており、これに対する答弁も「死体」を前提として発言されているが、これは「姿態」の誤りではないだろうか。死体の写真を問題とするのであれば、「既に過去に死んで亡くなってしまっている」と述べるのは不自然であり、文脈上も死体の写真を問題とするのは唐突であるように思われる。答弁者は「死体」と認識して答弁を行い、質疑者も特に訂正をしていないが、客体の児童は生存していることが要求されているという答弁を得たことから、あえて修正をする必要を感じなかったのではなかろうか。

[77] 前掲注（73）５頁（遠山清彦）。

[78] 各文言の趣旨については、坪井麻友美「『児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律』について」刑事法ジャーナル43号（2015年）47頁参照。

この点について、審議の中では自画撮りに言及する質疑が見られた。すなわち、いわゆる「コスプレ」を念頭に置きつつ、「自画撮りで３号ポルノの要件に該当するような写真をホームページにアップした場合に、例えば提供罪としてこの法律で取り締まられる可能性があるのか」という質問があり、これに対して、３号ポルノの要件を満たす写真等をネット上にアップロードする行為は、「被写体となっている児童本人がこれを行う場合も含めて、児童ポルノの提供罪あるいは公然陳列罪が成立し得る場合がある」という答弁がなされている[79] [80]。

（４）５項製造罪（盗撮）について

本罪を新設するに際しても、その立法趣旨について質疑があり、盗撮行為は甚だ悪質であり、「児童の尊厳を著しく侵害することは言うまでも」なく、一方で「児童を性的行為の対象とする風潮を助長する、あるいは抽象的、一般的な児童の人格権を侵害する」行為でもあると答弁されている[81]。

第４項　小括

第１款　「立法趣旨」と「保護法益」

本節では国会審議の経過を概観することにより、児童ポルノ法の趣旨・保護法益を立法者がどのように理解しているかを分析しようとした。いずれの審議過程でも、様々な立場の議員ないし政府委員が質疑･答弁を行っているが、「児童ポルノは児童の権利を侵害すると同時に児童一般の心身の成長にも悪影響を与え、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長することにもなる」という趣旨の発言が多くの場面で用いられており、立法の「趣旨」が①被写体児童個人の法益、②児童一般の権利、及び③社会的風潮のいずれをも守ることにあるのは明らかである[82]。

---

[79] 前掲注（73）10頁（山田太郎、谷垣禎一＝当時法務大臣）。この答弁を受けて質疑者は、被害者である子供を守るはずが自ら加害者になってしまうケースもあり、個人的法益に対する罪なのか社会的法益に対する罪なのかを明らかにすべきではないかと発言している（山田太郎）。

[80] このような理解からは、前掲注（11）のような擬律判断は当然の帰結である。

[81] 前掲注（７）国会議事録17頁（西田譲）。

[82] 学説や判例の思考方法も、これら３つのいずれか又は複数の考え方に基づいている。

他方で、趣旨ではなく「保護法益」としては、本法の構成要件はいずれも具体的な被写体児童が存在することを前提として立法されていることがわかる。審議でも指摘されているように、本法の各種構成要件が直接的に保護しようとしているのは被写体児童個人の法益であり、児童一般の権利と社会的風潮という法益は本法が直接に保護しようとするものではない。このことは、児童ポルノの被写体が「実在の児童」でなければならないとされていることや、それが理由で児童ポルノ頒布罪の法定刑がわいせつ物頒布罪よりも重くなっていること、及び12条1項などで被写体児童に対する配慮規定が設けられていることからも裏付けることが可能である。

第2款　自画撮り規制――公然陳列罪の「社会的法益」化？

しかしながら現在は、公然陳列罪に関しては、以上とは趣を異にする理解がなされていることに留意しなければならない。

規制当局は、被写体児童自身が3号ポルノに該当する画像等を自画撮りして投稿した場合には、当該児童にも児童ポルノ公然陳列罪が成立し得ると理解している。しかし、自画撮りは自己の法益を処分する行為であり、それを個人的法益に対する罪で規制することが可能かについては深く審議されていないが、自身を被害者とする行為で自身が処罰されるというのでは、自殺（未遂）や自傷行為を処罰するのと同義である。個人的法益に対する罪はあくまで他人の法益を侵害しなければ成立しないから、自己の意思に基いて自画撮り画像を公然陳列する行為は、公然陳列罪を個人的法益に対する罪と理解する限りは不可罰とせざるを得ない。

そうすると、規制当局は同罪を個人的法益に対する罪とは理解していない――少なくとも、個人的法益という観点のみで児童ポルノ公然陳列罪を理解しているわけではない――ということになろう。しかし、特に立法時の審議では、児童が加害者扱いされてはならないという指摘が度々なされており、自画撮り画像の投稿に関する規制当局の理解は、立法者意思とは必ずしも一致するものではない。では、なぜこのような理解がとられているのであろうか。

もっとも、立法時は、個別の構成要件ごとに規制の趣旨等を審議していたわけではなかった。すべての構成要件は一括して「児童ポルノ法の保護法益」という枠組みの中で議論されていたことから、立法時は公然陳列罪も個人的法益に対する罪と理解されていたことは確かである。ところが、その後の技術の発

達・普及によって誰もが容易に情報発信を行うことが可能となり、児童ポルノが広くインターネット上に蔓延したために、公然陳列罪の保護法益の外延が拡張され、社会的法益に対する罪としても運用可能であると次第に理解されるようになったのではないだろうか。公然陳列を処罰する規定は刑法175条１項にも存するところであり、同条が善良な性風俗に対する罪であるという点からも、これと平仄を合わせ、児童ポルノ公然陳列罪は個人的法益に対する罪でも、社会的法益に対する罪でもあるということは、条文上不可能ではないであろう。

しかし、元々児童ポルノ法は「わいせつ物」に該当しないものをも規制対象とすることが目的の一つであった。善良な性風俗を害するといえるためには「徒に性欲を刺激」することが必要であるが、児童ポルノは必ずしもこの要件を必要とせず、反対に刑法175条が求めていない「実在性」を必要としていることからすれば、わいせつ物公然陳列罪と児童ポルノ公然陳列罪は同じ「公然陳列」という文言を用いており、その解釈も同一であるが、罪質はもとより異なっているというべきである（次節第４項第２款参照）。少なくとも国会審議からは、公然陳列罪を専ら社会的法益に対する罪と理解する契機は得られないであろう[83]。

第２節　裁判所の保護法益理解

では、裁判所は児童ポルノ法の保護法益をどのように理解しているだろうか。本節では、全般的な保護法益、４項製造罪、及び公然陳列に分けて検討を加える[84]。

第１項　全般的な保護法益

まず、児童ポルノ法の全般的な保護法益について、最決平成24年６月５日集

[83] 奥村徹「児童買春・児童ポルノ禁止法の改正――単純所持罪・盗撮による製造罪を創設」法学セミナー 717号（2014年）３頁は、立法者の説明は現行法の解釈・運用状況についての知識が浅いように思われ、議員の人的構成も立法時からは大幅に変わったこともあり、法律の基本理念が承継されているか疑問であると述べている。

[84] なお、単純所持罪の制定趣旨や保護法益に言及する裁判例は見当たらなかったため、本稿では検討していない。

刑308号３頁は「児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性に鑑み、児童ポルノに係る行為等を処罰すること等により、児童の権利を擁護することを目的とするものである」と判示しているほか、大阪高判平成12年10月24日 LEX/DB28075527（高検速報平成12年146頁）は、「児童買春の当事者となったり、児童をポルノに描写することは、その対象となった児童自身の心身に有害な影響を与えるのみならず、そのような対象となっていない児童においても、健全な性的観念を持てなくなるなど、児童の人格の完全かつ調和のとれた発達が阻害されることにつながるものであるから、児童ポルノ法は、直接的には児童買春の対象となった児童や児童ポルノに描写された児童の保護を目的とするものであるが、間接的には、児童一般を保護することをも目的としていると解される」と指摘している。また、東京高判平成24年11月１日高刑集65巻２号18頁も、製造罪が社会的法益に対する罪である（から、被害児童が別であっても包括一罪である）との所論に対し、「児童ポルノ製造罪は、被害児童の人格や権利も保護法益とするものである」と判示していることからすれば、全般的な保護法益に関しては個人的法益と社会的法益の両者が保護法益として捉えられていることがわかる。これ以外の裁判例においても、そのように同法の趣旨・目的を説明するものが少なくない[85]。

第２項　４項製造罪

全般的な保護法益理解は概ね以上の通りであるが、個別の条文に目を向けると、製造罪は個人的法益に対する罪、それ以外の罪については社会的法益に対する罪として運用されている、という指摘がある[86]。まず本項では４項製造罪について、次項では公然陳列罪について、それぞれ検討する。

第１款　保護法益理解について

（1）自画撮りの事例

自画撮りの事例中、保護法益に言及があるものを挙げると、まず②事件では、

---

[85] 奥村・前掲注（24）15頁。

[86] 奥村徹「児童ポルノの罪の訴訟法的検討と弁護のヒント」季刊刑事弁護30号（2002年）77頁。当該文献公刊時は平成11年法の施行下であり、「販売・頒布・所持・陳列罪」は社会的法益に対する罪として運用されている、としている。

児童ポルノの４項製造行為は「同条所定の構成要件を充足することによって成立する非親告罪であるところ、児童買春や児童ポルノに係る罪においては、加害者やその背後の組織からの報復を恐れて告訴ができなかったり、あるいは保護者に対する金銭的な示談で告訴を取り下げさせたりすることが通常の性犯罪以上に予想され、親告罪とすると、被害児童の保護や児童を性欲の対象とする風潮の抑制、児童一般の心身の成長への重大な影響の防止を十分に図ることが困難となるために、非親告罪とされたのであ」るという判示が見られる。

また、④事件（再掲）では、「……他人に提供する目的を伴わない製造罪（同〔４項〕）にあっては描写された児童の人権を直接侵害する行為であり、流通性は小さいものの、その危険性を創出するものであるから、このような行為が社会に広がるときには、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長することになるため、児童を性的搾取・性的虐待の被害から擁護することを意図して」製造、提供等の各行為を処罰することとしたとされている。これらは、児童ポルノ法の全般的な保護法益と平仄を合わせる形で判示されている。⑦事件も、「児童ポルノ製造罪は、児童ポルノの被写体である児童の人格権の保護のみならず、児童一般の権利をも保護法益としており、親告罪とはされていない」と判示しており、上記２事件と軌を一にする判示内容である。

（２）個人的法益の侵害を強調する事例

その一方で、４項製造罪が個人的法益に対する罪であることを強調する事例も見られる。例えば、４項製造罪が問題となった⑩東京高判平成15年６月４日刑集60巻５号446頁（参照）は、児童２名と性交中に販売目的で性交等の場面を撮影し、後日販売した事案であったが、製造行為は被害児童の個人的法益を侵害するものであることを強調している[87]。すなわち、「児童ポルノ製造罪及び同所持罪は、販売等の目的をもってされるものであり、販売罪等と手段、結果という関係にあることが多いが、とりわけ、児童ポルノの製造は、それ自体が児童に対する性的搾取及び性的虐待であり、児童に対する侵害の程度が極めて大きいものがあるからこそ、わいせつ物の規制と異なり、製造過程に遡ってこれを規制するものである。この立法趣旨に照らせば、各罪はそれぞれ法益侵害の態様を異にし、それぞれ別個独立に処罰しようとするものであって、販売等の

[87] 奥村・前掲注（24）16頁。

目的が共通であっても、その過程全体を牽連犯一罪として、あるいは児童毎に包括一罪として、既判力等の点で個別処罰を不可能とするような解釈はとるべきではない」と判示しているのである。

また、⑪東京地判平成28年３月15日 LEX/DB25543488は、実在する女児の裸の写真（素材写真）をCGで再現して児童ポルノ製造罪及び提供罪に問われた事案であった。その際、製造罪の成立に関し、検察官は、（ⅰ）素材写真の被写体が実在していること（実在性）、（ⅱ）素材写真の被写体が児童であること（児童性）、及び（ⅲ）実在している女性の素材写真と本件CGが同一であること（同一性）を順次立証してCG画像が実在の女児を描写したものであることを主張しており、本判決もこのような立証構造に基づき判断を加え、「児童ポルノ法の目的や同法７条の趣旨に照らせば、同法２条３項柱書及び同法７条の『児童の姿態』とは実在の児童の姿態をいい、実在しない児童の姿態は含まないものと解すべきである」と判示した上で、上記（ⅰ）～（ⅲ）について慎重に検討を加え、（ⅰ）については、起訴された34点のCG中、６点を実在性なしと判断した。児童の実在性が必要であることはすでに国会審議でも明らかにされていたが、「CG」の児童ポルノ該当性が争われ、児童の実在性が必要である旨明示された本件は、製造罪が個人的法益に対する罪であることを強調するものといえる。

（３）社会的法益の侵害を強調する事例

しかし、近時の裁判例では、製造罪も社会的法益に対する罪の側面を有する旨判示したものがある。⑫東京高判平成29年１月24日 D1-Law/DB28250582（⑪事件の控訴審）は、児童ポルノ法の保護法益に関して、本法１条や、平成26年改正において文言が追加された３条（児童擁護の目的から逸脱して他の目的のために濫用してはならないとする一般的規定）に鑑みると、「児童ポルノ法は、直接的には、児童の権利保護を目的として制定されたものということができる。このような見地から、同法７条は、児童ポルノの製造行為を、児童に対する一種の性的搾取ないし性的虐待とみなして、規制の対象としているが、同法は、18歳未満の者について、同法２条３号に該当する物について、同法３条の留保はあるものの、一律に児童ポルノとして、規制を及ぼしている。また、児童ポルノに該当する場合には、被写体となった児童の承諾がある場合であっても、児童ポルノの製造罪が成立すると解されている。」「このような同法の児童ポル

ノに対する規制の在り方に鑑みると、同法が保護法益とする児童の権利は、児童の実在性が認められることを要するという意味で具体性を備えている必要はあるものの、個別の児童の具体的な権利にとどまるものではなく、およそ児童一般の保護という社会的法益と排斥し合うものとは解されない。さらに、同法は、身体的、精神的に未熟で、判断能力が十分に備わっていない児童を性的搾取又は性的虐待から保護するという後見的な見地から、その権利を侵害する行為を規制することを予定しているものであり、児童の権利侵害を防ぐという同法の目的を達成するためには、現に児童の権利を侵害する行為のみならず、児童を性欲の対象としてとらえる社会的風潮が広がるのを防ぐことにより、将来にわたって児童に対する性的搾取ないし性的虐待を防ぐことが要請されるというべきである。この意味において、同法の規制の趣旨及び目的には、社会的法益の保護も含まれるといえるのであって、所論がいうように、純然たる児童の権利保護のみを目的とするものとみるのは相当でないといわざるを得ない」と判示したのである。

第２款　量刑判断から読み取れる保護法益

以上のように、４項製造罪の保護法益については、個人的法益に言及する判示部分は概ね共通しているが、近時は社会的法益に言及する事例も見られるようになっている。

そして、このような保護法益理解は、量刑判断からも看取することが可能である。

例えば⑫事件は、量刑に際し、本件で児童ポルノの素材画像が撮影されたのは昭和57年ないし昭和59年頃であり、「本件３画像は、その当時児童であった女性の裸体を、その約25年ないし27年後に CG により児童ポルノとして製造されたものであって、本件各行為による児童の具体的な権利侵害は想定されず、本件は、専ら児童を性欲の対象とする風潮を助長し、将来にわたり児童の性的搾取及び性的虐待につながるという点において、違法と評価されるにとどまることなどを考慮すると、違法性の高い悪質な行為とみることはでき」ないと判示しており、社会的法益の侵害のみを根拠として製造罪の成立を肯定しているのである[88]。また、⑬奈良地葛城支判平成27年６月11日 LEX/DB25540735は、

[88] その原審である⑪事件でも、児童の実在性が要求されているものの、量刑に

児童と性交の上その場面を撮影して4項製造罪に問われた事案につき、「被告人は、……18歳に満たない被害児童の浅慮や自らへの好意に乗じて……児童ポルノを製造したものであり、児童を性欲の対象とする乱れた性風俗を助長し、被害児童の心身に有害な影響を及ぼしたものであ」る。また、「被害児童は、本件犯行によって、その性的羞恥心を著しく害されたのであり、その受けた精神的苦痛は極めて大きいものがある上、被害児童の今後の心身両面における成育や将来の社会生活に及ぼす悪影響も強く懸念される」と判示し、本件が個人的法益と社会的法益の両方を侵害するものであることを明らかにしている。

他方で、被害児童に対する法益侵害の程度が専らの考慮事項とされ、社会的法益の侵害には言及されていない事例も複数散見される。例えば、①事件の原審では、「…被害女児らの年齢等にかんがみれば同女らに落ち度というべきものは全くなく、被告人の犯行態様の悪質さはまさに筆舌に尽くしがたい。これにより、被害女児らの心身に重大な痛手を与え、その健全な成長に容易に推し量り難い悪影響を与えていることは……明らかである」と、②事件の原審では「心身ともに未成熟であった被害児童に対し、言葉巧みに裸体の画像等を撮影して送信させたり、ホテルの客室内で強烈な脅迫文言を加えた上で姿態をとらせて裸体等を撮影したりしている。常習性の高い卑劣な犯行である。」「被害児童ら、なかんずくAに与えた精神的苦痛は多大である[89]。各犯行により生じた結果は大きい」などと判示されており、児童一般や社会的風潮に対する侵害への言及はない。また、⑤事件の原審でも、被告人は児童の精神的未熟さに乗じ、金銭の支払いを餌に裸体の画像を送信するよう積極的かつ執拗に働きかけており、「被害児童は15歳であり、この犯行が同児童の将来にわたる心身の悪影響には計り知れないものがある」と述べて被告人を非難するが、社会的風潮や児童一般の心身に関しては述べられていない。さらに、自画撮りを行った児童を

際しては、「……CG画像であるとはいえ、写真と比してその悪質性の程度が低いとはいえない。そのようにして作成されたCG画像が、インターネット通信販売サイトを介して、描かれたあるいは用いられた写真集のモデルとは何の接点もなく、居住地も遠く離れた3名に販売、提供されたというのであり、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長することになるなど、法益侵害の程度は軽視できない」とされ、社会的法益への侵害の点が量刑上考慮されている。

[89] 自画撮り被害に遭ったのはBであるが、本件ではAに対する4項製造罪（直接製造している。）の成立も肯定されている。

共同正犯とした⑧事件でも、「成長未熟な被害児童に与える悪影響を顧みない浅はかで分別を欠いた犯行といわざるを得ない」と述べるにとどまっている[90]。

このような傾向は控訴審でも同様である。すなわち、①事件では、「被害児童らは、……10歳以上も年上の男性との性交渉を目的に出会い系サイトを利用したものでもなければ、金銭的な報酬を目的に被告人との性交渉や児童ポルノの撮影を承諾したものでもなく、むしろ、被告人が被害児童の弱みにつけ込んで、……脅したり、……甘言を用いるなどして、本件各犯行に及んだものであって、被害児童らにはとりたてて落ち度などは認められない」と判示し、②事件では、「被害児童らが被った精神的苦痛はいずれも小さくなく、とりわけ原判示第１の被害児童[91]は人格を蹂躙され、その精神的苦痛が甚大であることは容易に推察でき、結果は重大である」とされ、⑥事件でも、被告人の行為に酌むべき余地は全くなく、「破廉恥な態様の悪質な犯行というほかない上、被害児童に与えた悪影響、更には、被害児童の保護者の被害感情が強い」ことから、刑事責任は軽くない。また、15歳の中学生であった被害児童は現金欲しさから被告人の誘いに応じたものであり、「軽率さは否めないものの、その未熟さを露呈したものというべきであって、責められるべきは、被害児童の未熟さに付け込んで自己の性欲を満足させようとした被告人であることは明らかであ」ると指摘されている。控訴審でも、量刑に際して主に考慮されているのは被写体となった児童の被害の程度であり、社会的法益に関しては言及がない[92]。

第３項　公然陳列罪

公然陳列罪（７条６項）の保護法益は、社会的法益に対する罪の性質を含む

[90] 同様の量刑判断を示すものとして、神戸地尼崎支判平成26年７月30日 LEX/DB25504574、名古屋地判平成26年６月19日 LEX/DB25504326、松山地判平成26年１月22日 LEX/DB25446354。

[91] 自画撮りを行った児童Ｂではなく、実際に性交類似行為をさせられ、さらにその姿態を直接撮影された児童Ａを指している。

[92] このような判示方法は自画撮りの事例に特有の表現というわけではなく、児童ポルノ法違反被告事件では被害児童が受けた影響に重きを置き、被告人の非難可能性の高さを指摘するのが一般的であると思われる。

と理解されているようである[93][94]。児童自身が自画撮りをした事例ではないが、例えば⑭大阪地判平成21年1月16日 LEX/DB25481894は、児童ポルノ画像が掲載されているウェブサイトの URL を一部改変して会員制掲示板に投稿した行為が児童ポルノ公然陳列罪に問われた事案であった。本判決は同罪の成立を肯定したが、量刑判断において、「被告人らの犯行は、児童ポルノを助長し、児童の健全な成長を阻害するものであ」ると述べていることから、本判決は同罪を社会的法益に対する罪と理解していると考えられる。

⑮奈良地葛城支判平成26年11月12日 LEX/DB25505256は、被害児童 D 及び F との性交場面を撮影し、その動画を公然陳列したという事案であった[95]。本判決は被告人を有罪としたが、奈良地裁は、罪となるべき事実には「児童ポルノであるわいせつな電磁的記録に係る記録媒体を公然と陳列した」と記載し、法令の適用については、児童ポルノ公然陳列罪とわいせつ電磁的記録公然陳列罪の観念的競合であり、被害児童ごとに併合罪とされている。量刑判断では、「被告人は、18歳に満たない被害児童らの浅慮や自らへの好意に乗じて、自らとの性交や性交類似行為をビデオ撮影し、……インターネット上で公開したもので、児童を性欲の対象とする乱れた性風俗を助長した上、被害児童らを識別しうるわいせつな動画データを広く閲覧に供したものである。このように、インターネット上で不特定多数の利用者に向けてわいせつな動画データを公開する行為は、その動画データが利用者を介するなどしてさらに広く拡散することにより、被害回復が著しく困難となる危険性をはらんで」いる。また、被害児童のうち1名は「犯行に係る動画データの存在を周囲に知られたことにより登校できなくなっており、もう1名も動画データが公開されていることに強い衝撃を受け、不安や屈辱感に苛まれるなど、……被害児童らの家族も含め、その日常生活に大きな支障が生じている。また、被害児童らの今後の心身両面における成育や将来の社会生活に及ぼす悪影響も強く懸念される」と判示している[96]。

---

[93] 同一の条文に記載されている、不特定多数に対する提供罪についても、公然陳列罪と同様の保護法益理解をすべきこととなろう。

[94] 東京地判平成15年10月23日 LEX/DB28095062は、公然陳列罪は個人的法益及び社会的法益の双方を害する行為であると述べている。

[95] このほか、被告人は別の機会に D と性交しており、奈良県青少年健全育成条例の淫行罪（条例42条1項、34条1項）に問われている。

[96] 本件は⑬事件と同一の裁判官により審理されており、表現の一部が類似して

⑭事件は、被告人と被写体児童との間に面識がなく、児童の特定もされていない事件であった。そのため、児童個人の被害状況は明らかにされておらず、社会的法益に対する罪の側面のみに言及したものと思われる。⑮事件は「児童を性欲の対象とする乱れた性風俗を助長した上、被害児童らを識別しうるわいせつな動画データを広く閲覧に供した」としており、個人的法益侵害の点についても言及されているが、これは、被告人は被害児童と接触した上で各行為に及んでおり、被害児童が特定され、具体的な被害状況を検討することが可能であったためであろう[97]。

また、⑮事件では、児童ポルノ公然陳列罪とわいせつ電磁的記録公然陳列罪が観念的競合の関係に立ち、被害児童Ｄ及びＦに対する各行為は併合罪の関係に立つという点が注目される。本罪の客体は「児童ポルノにあたるわいせつな」電磁的記録に係る記録媒体であり、本件動画データが「児童ポルノ」と「わいせつ」の両方に該当すると判断されている。これは、両者の罪質が同一であることをうかがわせるものであり、刑法175条は専ら社会的法益に対する罪と理解されていることから、児童ポルノ公然陳列罪も社会的法益に対する罪であることを示唆している。しかし、本件動画データが「被害児童らを識別しうる」ものであるとの判示部分や、各児童につき併合罪の処理をした点は、本罪が個人的法益に対する罪であるという前提から出発しなければ説明がつかないように思われる。

第４項　小括

以上の検討から、裁判所の保護法益理解につき、どのような知見が得られたであろうか。以下、各罪につき若干の私見とともに検討する。

いる（⑬事件は単独、⑮事件は合議体の裁判長である）。

[97] このほか、東京地判平成28年３月15日 LEX/DB25542693（裁判員裁判）は、被害者を殺害した前後に、被害者の児童ポルノを公然陳列したという事件において、「殺害の前後には、被害者から任意に提供を受けたその陰部等が露出した刺激的な画像等を、被害者の顔とともに投稿し、複数のインターネット交流サイトに投稿を重ねるなどして確実に閲覧数を増やしている。画像は相当数の不特定多数者に閲覧され、その抹消は困難な状況であって、被害者の尊厳を傷つけること甚だしいといえる」と判示し、個人的法益に対する侵害を強調している。

第1款　製造罪

まず製造罪については、判決書を素直に読む限り、個人的法益（児童個人の法益）と社会的法益（児童一般の心身、及び社会的風潮）の双方を保護法益として認める事例が多く、社会的法益には触れずに個人的法益のみを強調する裁判例（⑩事件）は、主流のものではないことがわかる。特に、近時は個人的法益、社会的法益のいずれにも言及するものの、量刑に際しては社会的法益侵害のみを考慮して刑を科す裁判例（⑫事件）も出されている。裁判実務の理解は必ずしも統一的ではないものの、社会的法益の観点を考慮する傾向にあるといえよう。しかしながら、そのほかの量刑判断を見ると、そこでは児童ポルノの被写体とされた児童がどれだけの被害を被ったかという点がクローズアップされており、児童一般、あるいは社会的風潮に与えた影響については言及されていない。

もっとも、量刑判断に示されていないからといって、社会的法益が考慮されていないと判断できることにはならない。製造罪の事案では被害児童が特定されることが多く、法益侵害の程度が具体化されやすいため、被告人の非難可能性を説得的に示す際には、目に見える被害を中心に摘示するのは当然であろう。しかし、社会的法益を個人的法益と同列のものとして保護しているのであれば、社会的法益侵害に関する非難の程度も摘示すべきである[98]。仮に社会的法益が考慮されているとしても、量刑判断からは、これと個人的法益が同等の重みをもっているとは解しにくい。

以上の諸点からすると、製造罪の保護法益理解については、社会的法益にも言及しているものの、結局は、第一次的な保護法益は個人的法益であるという立法者の理解が、裁判実務でも概ね反映されているといえるのではないだろうか。社会的法益に関しては、「児童ポルノとして描写された児童の人権を直接侵害する行為が社会に広がるときは、児童の性的搾取を助長する社会的風潮が蔓延する」という論調で言及されることが多いが、これはすなわち、前段階と

[98] 社会的法益に対する影響を量刑上考慮する際の判示方法としては、例えば、わいせつな漫画を販売したとして、わいせつ図画頒布罪の成立を肯定した東京地判平成16年1月13日判時1853号（2004年）151頁は、量刑に際し、「本罪の保護法益である性的秩序や最少限度の性道徳、健全な性風俗に与えた悪影響は軽視し得ないものがある」と判示している。

して個人的法益に対する直接の侵害が発生しなければ、社会的法益（児童一般、社会的風潮）は侵害され得ないということを示すものといえる。前掲大阪高裁平成12年10月24日判決や⑫事件で「直接的には個人的法益を、間接的には社会的法益を保護法益とする」と述べられているのも、このような趣旨と理解可能である。

以上のように考察することが可能であるならば、各裁判例が個人的法益と社会的法益のいずれにも言及していたとしても、両者は並列的な関係に立つものではなく、後者は前者の一歩後ろに位置するものであることとなる。

したがって、本稿の理解によれば、⑫事件については批判的に解すべきこととなろう。被写体児童の人権を直接侵害する行為が存在していないのであれば、社会的法益に対する侵害も観念することは不可能といわざるを得ない。そもそも、被写体児童の特定がなされておらず、過去の画像であったとしても「児童ポルノ」該当性に影響を及ぼすことにはならないから、個人的法益に対する侵害の程度が相当程度減弱していることは否定できないものの、「ゼロ」になるとまではいえない。このように考えなければ、児童ポルノの被写体が生存している必要があることと、それにもかかわらず、被写体の具体的な特定や生存確認が要求されていないこととの整合性はとれないであろう。

第２款　公然陳列罪

次に公然陳列罪については、被写体児童が特定されている場合は、児童の被った法益侵害のみを指摘する事例や、あるいはそれと同時に社会的法益に対する侵害にも触れる事例も看取されるが、特定されていない場合はその限りでなく、社会的法益に対する侵害に言及するのみでも有罪判決を導いている。個人的法益の侵害がなくても、刑法175条との類似性という観点から、社会的法益の侵害のみでも犯罪の成立を認めている点で、製造罪とは異なった判断構造が示されている[99]。このような理解に基づくと、児童が自画撮りした画像をSNSに投稿するなどしたときは、児童自身に対する侵害であるとして個人的法益に対する侵害を想定できなくても、社会的法益侵害の限度で違法性が認められ、児童ポルノ公然陳列罪が成立することとなろう。

[99] しかし、⑫事件に対する批判と同様に、特定されていなくても個人的法益に対する侵害は観念されていると考えるべきである。

（１）公然陳列行為と社会的法益の関連性

しかしながら、公然陳列行為であるからといって、必ずしも社会的法益を侵害することにはならないように思われる。刑法175条でも公然陳列は処罰対象とされているが、あくまで行為態様が共通しているにすぎず、保護法益理解まで共通に行うべき理由にはならない。

このことを示す材料として、いわゆる「リベンジポルノ法」（私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律）が参考になる。

リベンジポルノ法は、「私事性的画像記録」の提供等を処罰することにより、「個人の名誉及び私生活の平穏の侵害による被害の発生又はその拡大を防止すること」を目的とする法律であり（１条）、「私事性的画像記録」の定義は児童ポルノ法２条３項各号と類似している[100]（２条１項各号）。また、被写体を特定可能な方法で私事性的画像記録等を不特定又は多数の者に提供、又は公然陳列した者には３年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処される（３条１項、２項）。同法でも公然陳列が処罰対象とされているが、国会審議では、同法の保護法益は「個人の性的名誉及び性的プライバシー」であって[101]、社会的法益を保護法益とすることには否定的な見解が示されている[102]。また、これらの罪は親告罪であること（４条）や、被写体の承諾がある場合は本罪が成立しない[103]こと（２

---

[100] 皆川治之「法令解説　リベンジポルノ対策」時の法令1974号（2015年）18頁。ただし、撮影した画像等を第三者が見ることに被写体が同意していた場合は本法の規制対象とならない点、及び被写体を児童に限定していない点で「児童ポルノ」の定義と異なっている。

[101] 第187回国会衆議院総務委員会議事録第３号（平成26年11月18日）３頁（平沢勝栄）、水越壮夫「私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律について」警察学論集68巻３号（2015年）89頁以下。

[102] 第187回国会参議院総務委員会議事録第８号（平成26年11月18日）４頁（山下貴司）。

[103] 誰にも見せない約束で撮影した画像、恋人だけに見せるつもりで自画撮りをした画像、恋人に隠し撮りされた画像などについては「私事性」が認められるが、アダルトビデオやグラビア写真のように、公開を前提とする画像や、友人等に見せることを認識して撮影された画像などは私事性が否定される。また、私事性は撮影時点において判断される。その時点で画像の公表を承諾していれば私事性は否定され、「その後、その承諾を撤回したとしても、当該画像に私事性が認められることはない」。ただし、撮影時に承諾がなくても、公表時に承諾

条１項柱書）からも、保護法益が専ら個人的法益であることは明らかである。そうすると、私事性的画像記録が公然陳列されたとしても、社会的法益に対する侵害は想定されないことになる[104]。

（２）児童ポルノ公然陳列罪の保護法益

以上のように、公然陳列と社会的法益侵害の絶対的な関連性が否定されたことを踏まえ、本稿は、児童ポルノ公然陳列罪も――製造罪と同様に――少なくとも個人的法益に対する侵害がなければ成立し得ないと解する。その根拠は、刑法175条との比較を前提に、（ⅰ）法定刑と、（ⅱ）公然陳列目的製造等罪（７条７項）という観点から基礎づけることが可能である。

まず（ⅰ）について、刑法175条の法定刑は最大でも懲役２年と罰金250万円の併科であるのに対し、児童ポルノ法７条６項は最大で懲役５年と罰金500万円の併科とされ、格段に法定刑が重くなっているが、これを社会的法益のみから説明することは不可能である[105]。児童ポルノが蔓延すれば児童を性欲の対象とする風潮が形成されるおそれがあり、ひいては健全な性風俗が乱れることは否定できないが、児童ポルノがわいせつ物よりも性風俗を乱す度合いが強いかどうかは証明されていない。

がある場合は構成要件該当性が阻却される。水越・前掲注（101）88頁、91頁、皆川・前掲注（100）21頁、白石豊「弁護士のための新法令紹介第394回」自由と正義66巻６号（2015年）111頁。

しかし、被害者の性的プライバシーを保護するためには、撮影後に承諾を撤回した場合にも私事性が認められると解し、専ら公表時における承諾の有無を私事性要件の判断基準とすべきである。例えば、交際中の者同士が、後日第三者に見せることを合意して私事性的画像記録を製造したが、その前に交際関係が解消されたような場合に、一方の者が復讐心から画像を第三者に見せたとしても本罪が成立しないと解すると、本罪の趣旨が損なわれることとなろう。

[104] 当該画像が刑法175条の「わいせつ」に該当すれば、そちらの公然陳列罪との観念的競合となることは妨げられない。

[105] 児童ポルノ法全般の保護法益を社会的法益に求める見解に対する批判的検討として、深町晋也「児童ポルノの単純所持規制について」岩瀬ほか編集代表『刑事法･医事法の新たな展開　町野朔先生古稀記念（上巻）』（信山社、2014年）479頁、嘉門優「児童ポルノ規制法改正と法益論」刑事法ジャーナル43号（2015年）79頁。

次に（ⅱ）について、児童ポルノ法は公然陳列行為のみならず、公然陳列目的で児童ポルノを製造､所持等する行為も７条７項で処罰対象とされているが、刑法175条では、２項において有償頒布目的での所持及び保管が処罰対象とされるにとどまっており、公然陳列目的での製造、所持等は不可罰である。公然陳列目的製造等罪は平成11年の立法段階から規定されており、審議当時は被写体児童の保護の観点が前面に出ていたことからすると、公然陳列罪と同一の法定刑が規定されている本罪もまた、個人的法益の観点を援用しなければ説明できないであろう。

したがって、前節でも確認したように、児童ポルノ公然陳列罪が社会的法益の侵害のみを根拠として成立すると解することは困難である。被写体児童が特定されていなくても、現実にどこかで、その児童の尊厳が害されていることは否定し得ないのであるから、個人的法益への侵害を想定しにくいとしても完全に消失することにはならないのは、製造罪と同様である。仮にそれが消失してしまったのであれば、児童ポルノ公然陳列罪を成立させる根拠も同時に失われたというべきである。そうすると、児童自身が自画撮りした児童ポルノ画像を専ら自己の意思で公然陳列しても、少なくとも児童ポルノ公然陳列罪は成立しないと解すべきこととなろう。

※　本稿は、公益財団法人大川情報通信基金2015年度研究助成･小名木明宏（研究代表者）「SNS 等の仮想世界におけるルールの形成プロセスと確立についての研究」による研究成果の一部を取り入れている。

判例研究

民事判例研究

橘井雄太

最高裁第一小法廷平成20年２月28日判決（平成19年（受）第611号、損害賠償請求事件、上告棄却）
判時2005号10頁、判タ1268号116頁、裁判集民227号345頁、裁時1454号９頁

少年Ａが少年Ｂ及び少年Ｃから暴行を受けて死亡したことについて、暴行が行われている現場に居た少年Y1、Y2及びY3がＡを救護するための措置を執るべき法的義務を負っていたとはいえないとされた事例

【事実の概要】

本件は、平成13年３月31日、Ａ（当時16歳）がＢ（当時15歳）及びＣ（当時17歳。以下、ＢとＣを併せて「加害少年ら」という。）から暴行を受けて死亡した事件（以下、「本件事件」という。）について、Ａの母であるＸが、暴行現場にいたY1、Y2及びY3（いずれも事件当時15歳。以下、「Ｙら」という。）には、暴行が行われている現場に居て、加害少年らによる暴行を制止せず、またＡが死亡することを予見しながら、関係機関に通報するなどの同人を救護する措置を執ることなく放置した注意義務違反があり、Ｙらの各両親には、Ｙらの親権者としてＹらの監督を怠った注意義務違反があると主張して、各自に対し、不法行為に基づく損害賠償として慰謝料3000万円及びこれに対する遅延損害金の支払いを求めた事案である。

Ｙらは、Ｂとは中学校の同級生であった。しかし、Ｂは中学３年生になったころから２年年長であったＣら不良仲間と遊ぶことが多くなり、ＹらはＢとの関わりを避けるようになっていった。Ｃについて、Y1はいわゆる不良で怖

い人であると聞いており、Y2は怖い先輩であると認識していた。Aは、Yらとは別の中学校の出身だが知り合いであった。Aは、B及びCのグループに加わってよく遊んでいた。Bは、Aの言動が気に食わず、Aを徹底的に痛めつけたいと強く思っていた。そこで、Bは、Aをa小学校に呼び出し、CとともにAに暴行を加えた。Bは、暴行を正当化するための口実にしようとして、Aに対し、以前にY3を殴ったことがあるかと聞いたが、Aがこれを否定したため、事実を確認するためにY3に電話をかけた。しかし、応答がなかったため、Bは、この事情を知っていると思われるY2の携帯電話に電話をかけた。その電話がきっかけとなって、Y2はa小学校へ赴いた。Y2は、a小学校に到着してはじめてAが暴行を受けていることを認識した。Y2は、Bから、AがY3をいじめているところを見たことがあるかと尋ねられ、知らない旨を答えた。Bは、AがY3を殴ったことがあるか確認するために、再度Y3に電話をかけた。Y3はY1と遊んでいたところ、Bから電話を受け、Aから殴られたことがあるかどうか尋ねられた。この質問に対し、Y3は、つねられたことはあると返答した。Y3は、Bからa小学校に来るようにいわれたが、一度はこれを断った。しかし、Y3から電話の内容を聞いたY1は、その日の夜にBからMDプレーヤーを借りる約束をしていたので、この際、同人のところへ行くのが都合がよいと考え、Y3とともにa小学校へ赴いた。Y1とY3は、a小学校に到着してはじめて、Aが暴行を受けていることを認識した。

Y3は、Bから、Aから殴られたことの有無を尋ねられたので、「つねられたことがある」、「タイマンをはろうと言われた。」（以下、「本件発言」という。）と答えた。これを聞いたBは、Aに対して「暴力やんけ。俺とタイマンはろけ。」と怒鳴って、同人の顔面を殴りつけた。Bは、Aに殴る蹴るの暴行を加えた後、同人の頭髪をつかんで同人をa小学校の給食搬入台から引きずり落とし、これにより、同人は頭部を強打した。さらにBは、Aに対し、柔道技の大外刈りやプロレス技のいわゆるバックドロップをした。Yらは暴行に加わることはなく、暴行をあおることもしなかったが、Bによる暴行を止めることはしなかった。これは、そのようなことをすれば、後でAに対するのと同様に加害少年らから暴力を加えられるのではないかと恐れたからであった。

これらの暴行の後、Y1がAに近づくと、同人は体全体をだらっとさせて、目は動いていない状態であった。Y1は、これを見て、Bに対し、Aに対する暴行をやめるように言った。以後、BがAに暴行を加えることはなかった。C

は、BとYらに対し、Aを給食搬入台の壁にもたれかけさせておくように指示した。BとYらは、Cのこの指示が、Aが気絶しているのを見付かりにくくするためであることを認識していたが、指示に従いAの体を移動させた（以下、「本件移動行為」という。）。Y1は、Aの様子を見て、救急車を呼ぶことを提案したが、Cは、本件事件が警察に発覚することを恐れてこの提案を拒否した。結局、加害少年らとYらは、救急車を呼ぶことなく現場から立ち去った。Yらは、Aが死ぬかもしれないことを認識していたが、本件事件を第三者に通報すれば、このことが加害少年らに発覚して、後日加害少年らから仕返しされることを恐れ、通報の措置を執らなかった。Aは、午後８時10分ころ（暴行終了から約３時間後）、救急車で病院に運ばれた。この時、Aは、意識不明の状態で、下顎がぐらぐらし、顔がゆがむほどはれており、脳障害で極めて危険な容態であった。Aは、本件事件から６日後の平成13年４月６日に死亡した。

１審及び２審は、Yらの注意義務違反は認められないとして、Xの請求を棄却した[1]。

【最高裁判旨】

〈判旨〉上告棄却

「（１）本件暴行を制止する義務について

前記事実関係によれば、Yらは、本件暴行が行われていることや、加害少年らが本件暴行に及んだ経緯を知らずに加害少年らに呼び出されて本件場所に赴いたものであって、暴行の実行行為や共謀に加わっていないのみならず、積極的に本件暴行を助長するような言動も何ら行っていないことが明らかである。また、前記事実関係により明らかな加害少年ら、A、Yらそれぞれの間の関係、被上告人少年らの年齢、本件暴行に至る経緯、本件暴行の経過等（以下、これらを併せて「少年らの関係等」という。）にかんがみると、Yらが加害少年らに対して恐れを抱くのも無理からぬものがあり、被上告人Y3が本件発言をしたことや、Yらが本件暴行の間その現場に居続けたことについてYらを非難することはできないものというべきである。そして、前記事実関係によれば、本件発言が本件暴行を助長したとは認められないとする原審の認定や、Bが本件暴行を抑制することができなかったのは、CやYらの前で、自らを強く見せ

[1] １審及び２審の判決文は、管見の限り公表されていない。

て格好をつけようという思いがあったからであるとしても、Yらに本件暴行現場に居ることがBの暴行をあおることになるという認識があったとは認められないとする原審の認定は、いずれも是認し得るものである。したがって、Yらにおいて、本件暴行を制止すべき法的義務や本件現場から立ち去るべき法的義務を負っていたということはできない。

（2）Aを救護するための措置を執るべき法的義務等について

前記事実関係によれば、Y1は、Aの様子を見て、救急車を呼ぶことを提案したが、Cは本件事件が警察に発覚することを恐れてこれを拒否し、結局、Yらは、後日加害少年らから仕返しをされることを恐れ、救急車も呼ばず、第三者に通報することもしなかったというのであるが、上記のとおりYらには本件暴行を制止すべき法的義務等は認められないのであり、Yらは、事情を知らずに本件場所に赴いたにすぎないことや、上記の少年らの関係等にもかんがみると、YらにAが死ぬかもしれないという認識があったとしても、そのことから直ちに、Yらに加害少年らからの仕返しの恐れを克服してAを救護するための措置を執るべき法的義務があったとまではいえない。また、前記事実関係によれば、Yらは、本件暴行後に、Cの指示により、Aの体を移動させ、給食搬入台の壁にもたれかけさせて座らせた（以下「本件移動行為」という。）というのであるが、これも加害少年らに対する恐れからしたことは明らかであるし、前記事実関係から明らかな本件場所の状況等に照らすと、本件移動行為によってAの発見及び救護が格別困難になったということはできず、同人の生命に対する危険が増大したとは認められないとの原審の認定は是認し得るものであるから、本件移動行為によってYらにAを救護するための措置を執るべき法的義務が発生したということもできない。さらに、原審は、YらがAに水を掛けたことによって同人の生命に対する危険が増大したということはないとの認定をしているが、この認定に疑いを生じさせるような事情も存しない。したがって、Yらにおいて、救急車を呼んだり、第三者に通報するなど、Aを救護するための措置を執るべき法的義務を負っていたとまでいうことはできない。」

【反対意見】

判旨（2）については、横尾和子裁判官と泉徳治裁判官による反対意見がある。その要旨は以下の通りである。すなわち、Yらが暴行現場に居たこと自体が、

Bをあおることとなり暴行を激化させた。Yらは、それを容易に認識することができた。さらに、暴行後に行われたAの体の移動行為は、Aが外部から発見されにくくする行為であることが明らかであり、Yらはそのことを認識することができた。Yらは、このような隠ぺい工作に加担している。Yらの行為はAの身体生命に対する危険を増大させるものである。YらはAの身体生命に対する危険を増加させる行為を行ったことの責任として、危険の進行を食い止め、危険からの救出を測るべきで、Aが一刻も早く救急医療を受けられるように、消防署、警察署、Aの保護者等に通報する条理に基づく義務を負う。そして、Aを放置すれば、Aが救急医療を受けられず、その身体生命に更に重大な結果が生ずることも、Yらは予見することができたと考えられる。一方、Yらが消防署等に通報すれば、救急車による素早い搬送ができたことは明らかであり、加害少年らが立ち去った後にYらが携帯電話で通報することは容易であったことからすれば、Yらが通報しなかったことには違法性が存するというべきである。後日の加害少年らによる仕返しに対しては、警察等の保護を得て対応すべきであり、Yらの通報を法的に期待することができないと解するのは相当ではない。したがって、Yらは、通報義務違反の不法行為責任として、Aが受傷直後の約３時間救急医療を受けられなかったことによる精神的苦痛を慰謝するための損害賠償責任を負うものというべきである。

【評釈】

1　はじめに

本最高裁判決は、暴行現場に居たYらが、暴行を制止せず救護のための措置を採らなかったという不作為に関して、不法行為法上の作為義務を負っていたかどうかについて判示したものである。本最高裁判決は、事例判断であるといわれるが[2]、作為義務、とりわけ条理に基づく作為義務について貴重な一事例を付け加えるものとして意義がある。

不作為による不法行為が成立するためには、判例においても学説においても、その前提として作為義務があることが必要であるとされている[3]。学説は、作為

[2] 高島由美子「本件判批」平成20年度主要民事判例解説（別冊判タ25号）86頁、87頁。

[3] 四宮和夫『不法行為』（青林書院、1985年）292頁、加藤一郎『不法行為（増補版）』

義務が成立する根拠として、法令、契約、条理などを挙げている[4][5]。しかし、これらは、作為義務の成否に関して実質的な判断基準を提示するものではない[6]。近年では、「作為義務の成否に関する検討は、形式的成立根拠の次元をこえて、実質的成立基準・根拠の探求へと向かわねばならない」と指摘されるにいたっている[7]。

この指摘がなされた後も、作為義務の実質的な成立基準については十分検討されていないままである。このような議論状況において現れたのが本最高裁判決である。

（有斐閣、1974年）133頁、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（復刻版）』（日本評論社、1988年）110頁、前田達明『民法Ⅵ２（不法行為法）』（青林書院、1980年）109頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1992年）29頁、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第３版）』（有斐閣、2001年）83頁、吉村良一『不法行為法（第４版）』（有斐閣、2010年）65頁。

[4] 前田・前掲注（３）109頁、四宮・前掲注（３）292頁。なお、末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣、1919年）1061頁は、法令、契約を挙げた後に「一定ノ作為ニ因リテ損害ヲ生ジ得ベキ危険状態ヲ惹起シタル者ハ之ニ因リテ損害ノ発生スルコトヲ妨止スベキ作為義務ヲ負担スル」と述べている。澤井・前掲注（３）83頁は、①具体的法規、②先行する侵害行為（例として、他人を傷つけた場合の手当てを挙げている）、③先行する危殆行為（例として、有毒物の売却、侵害計画の関与などを挙げている）を挙げ、②③は先行行為による作為義務であるとする。吉村・前掲注（３）65 ～ 66頁は、法令と慣習、条理を挙げる。より実質的な作為義務の根拠を提示するものとして、瀬川信久「民法七〇九条」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998年）580頁は、①被告が被害者と一定の関係にある場合と、②被告が直接の侵害者と一定の関係にある場合とを挙げる。また、橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣、2006年）28頁は、支配領域及び先行行為を挙げる。

[5] 裁判例として、東京地判昭48･8･29判タ300号264頁は、（作為義務は）「法令の規定又は契約によって定められたもののみならず、私法秩序の一部をなすものとして法による強制を要請される慣習もしくは条理に基づく義務をも含むと解すべきである」とする。

[6] 橋本・前掲注（４）26頁は、「従来の議論は、義務の成否に関する実質的判断基準を提示せず、また、義務の実質的根拠を解明しない点で、大きな問題を残しているといわざるをえない」と指摘する。

[7] 橋本・前掲注（４）26頁。

2　本件の争点

本最高裁判決の法廷意見はＹらの責任を否定したが、反対意見はＹらの責任を肯定している。法廷意見と反対意見が結論を異にした理由はどこにあるのか。法廷意見と反対意見がそれぞれの結論を導くにあたり、多くの事情が考慮されているが、大きな違いとして、以下の点を挙げることができる。

まず、（ⅰ）Ｙらが暴行現場に居たことに対する評価である。この点について、法廷意見は、Ｙらは暴行の実行行為や共謀に加わっておらず積極的に本件暴行を助長するような言動も行っていないことや、Ｙらの加害少年らに対する恐怖心を理由に、Ｙらが暴行現場に居続けたことを非難することはできないとした。そして、Ｙらの本件発言がＢによる暴行を助長したものとは認められないことと、Ｙらは暴行現場にいることは暴行をあおることになるという認識がなかったとした原審の判断を是認し、Ｙらの、本件暴行を制止すべき法的義務や本件現場から立ち去るべき法的義務を否定した。これに対し、反対意見は、Ｙらが暴行現場に居たこと自体が、Ｂをあおることとなり暴行を激化させ、また、Ｙらはそれを容易に認識することができたとしている。反対意見は、このことと、以下の（ⅱ）とを併せてＹらの法的義務を肯定している。

次に、（ⅱ）ＹらがＡの体を移動させたことに対する評価である。法廷意見は、本件移動行為によってＡの生命に対する危険が増大したとは認められないとした原審の認定を是認し、本件移動行為からＡを救護する法的義務は発生しないとした。これに対し、反対意見は、Ｙらにおいて本件移動行為がＡの発見を困難にするためのものであることの認識があったことや、本件移動行為がＡの身体生命に対する危険を増大させるものであることを述べ、（ⅰ）と併せて、Ｙらの通報義務を肯定している。この通報義務を認めるにあたり、反対意見は、加害少年らが立ち去った後にＹらが携帯電話で通報することは容易であったことや、後日の加害少年らによる仕返しに対しては、警察等の保護を得て対応すべきであると述べている。

以下では、なぜ、法廷意見と反対意見の判断が分かれたのかを検討する。検討の順序としては、まず、本稿に先行する本最高裁判決の評釈を概観する。その後、本最高裁判決に関連する裁判例を見る。そして、これらを踏まえた上で、本最高裁判決の法廷意見と反対意見を検討する。

3　先行評釈

先行評釈においては、本最高裁判決で争われた義務は、反対意見が述べているように、上記１で見た作為義務の形式的成立根拠のうち、条理に基づく作為義務であるとされている[8][9]。

では、いかなる場合に条理に基づく作為義務が認められると考えられているかについて先行評釈を見ていく。まず、（ⅰ）作為義務が成立するための実質的根拠は、第１に、被告が被害者を保護すべき関係にあることであり、第２に、被告が直接の加害者又は加害原因と関係を有することであるとするものがある[10]。そして、本最高裁判決では、第２の根拠が問題となるとし、具体的には、Ｙらの先行行為によって当該危険を作り出したか又はＹらの行為そのものがＡの生命をより危険にさらしたかが問題となるとする[11]。次に、（ⅱ）本件最高裁判決において作為義務を発生させる根拠となる事実は先行する状況を構成する事実であるとし、その要素のうち重要なものは、①当事者の人間関係、②当該状況との関わり合い、③被侵害法益の重大性＝要保護性の高さ、④作為の可能性、⑤作為の緊急性、⑥作為の難易＝自己のリスク増大と自己保身との関係、⑦不作為が他者によりカバーされる事態の有無、⑧状況についての主観的認識の要否、範囲・程度などとし、これら先行する状況を構成する要素に対し規範的評価を施し、結果の予見可能性、回避可能性、作為の期待可能性を肯定することができれば、作為義務を措定すると述べるものがある[12]。そして、（ⅲ）「本最高裁判決で争われた条理上の作為義務に関しては、損害に先立つ先行行為が

---

[8] 高田淳「本件判批」法学セミナー642号114頁、高島・前掲注（２）87頁。判例時報2005号10頁の本判決についての匿名解説においては、「本件では主として条理ないし先行行為が問題となる」とされている。

[9] 加藤新太郎「本件判批」判例タイムズ1284号145頁、152頁は、本最高裁判決は「先行状況に基づく作為義務」が問題となっている旨を述べ、条理に基づく作為義務とは表現していない。しかし、本稿本文中で後述する昭和62年判決を、「条理に基づき先行行為による作為義務違反（不作為）による不法行為を肯定したケースと解される」とした上で、昭和62年判決は本最高裁判決との法理論上の関連がある旨を述べていることから、「先行行為に基づく作為義務」というものを条理に基づく作為義務の一例として考えているものと思われる。

[10] 青野博之「本件判批」判例時報2024号169頁（判例評論600号７頁）、172頁。

[11] 青野・前掲注（10）172頁。

[12] 加藤・前掲注（９）152頁。

重要である」とするものがある[13]。これらの見解の他にも、刑法における不真正不作為犯における作為義務の根拠から説明するものもある[14]。

本最高裁判決で争われた義務の理解に関して、先行評釈の多くは、本最高裁判決を最判昭和62年１月22日民集41巻１号17頁（以下、「昭和62年判決」という。下記４において詳述する。）と関連づけて検討している[15]。昭和62年判決は、中学生により線路上に置石がされたため生じた電車の脱線事故について、自らは置石をせず置石の実行行為者との共同の認識や共謀はなかった者でも、仲間関係にある実行行為者と共に置石の動機となった話合いをしたことなどを理由として、先行行為に基づく義務として結果発生を防止する義務が課され得ることを判示したものである。この昭和62年判決の事案を見ると、たしかに、先行評釈が指摘する通り昭和62年判決と本最高裁判決とは一定の類似性があると考えられる。そのため、本判決を検討するにあたっては、昭和62年判決の立場を確認することが必要となる[16]。

４　本最高裁判決の先例

ところで、条理に基づく作為義務が争われた判決と解されるものとしては、

---

[13] 高田・前掲注（８）642頁。

[14] 高島･前掲注（２）87頁は、「不真正不作為犯一般における作為義務の根拠は、刑法218条の保護者遺棄罪における保護責任の根拠と基本的に同じであるとされており、一般に法令、契約、事務管理、慣習、条理などが挙げられている」と述べている。それに続けて、本最高裁判決では主として条理が問題となることを指摘した上で、従来の判例上、保護責任の実質的な根拠として、①保護の継続性、②保護の引き受け、③先行行為、④保護者としての独占的地位、⑤保護の容易さといった要素が重視されてきたことを指摘する。

[15] 青野･前掲注（10）173頁、加藤･前掲注（９）152頁、高田･前掲注（８）642頁。

[16] 昭和62年判決は、条理に基づく作為義務ではなく、「先行行為に基づく義務」としている。しかし、昭和62年判決がいう「先行行為に基づく義務」を「条理に基づく作為義務の一つ」と考えれば、昭和62年判決は本最高裁判決と同じく条理に基づく作為義務について判断した事案だということになる。篠原勝美「判解」最判解民事篇昭和六二年度190頁、203頁も、昭和62年判決は「条理に基づく作為義務の一例を示したものと理解されよう」と述べている。また、加藤・前掲注（９）152頁や高田・前掲注（８）642頁も、昭和62年判決は、条理に基づく作為義務について判断したものであると位置づけている。

昭和62年判決の他に、たとえば、以下のような事案がある。

まず、下級裁判所の判決としては、①有毒アルコールを飲料として販売し、後になってそのアルコールが有毒だと気づいた者が、販売先に対して危険を防止する措置を執らなかったとして、そのアルコールを飲んで死亡した者の遺族への損害賠償を命じられた事案がある（大阪控判大正７年２月15日新聞1386号20頁）。また、②大学の空手愛好会に加入した学生がその愛好会を退会するにともない集団暴行を受け死亡したことについて、その暴行の危険性等の事情を知りながら特別の対応を執らなかった大学の学生課長及び学生主事に条理上の作為義務違反が認められた事案がある（東京地判昭和48年８月29日判時717号29頁）[17]。

最高裁判決としては、③大学における応援団の合宿訓練において気合入れとして暴行を受けた学生が死亡したことについて、暴力行為が恒常的に公然と行われ、しかも、他の新入団員からの苦情があったことから、学生部長が大学の各部長を構成員とする執行部会議の決定を受けて応援団幹部に注意をしたが、その後も応援団では従前と同様の暴力行為が続けられたのに、学校法人の被用者である右執行部会議等の構成員はこれを直接是正させる措置を執らなかったことなどから学校法人の使用者責任が認められた事案がある（最判平成４年10月６日判タ815号130頁）。ここでは、学校法人の使用者責任の前提として、大学の執行部会議、教授会等の構成員の作為義務が問題となった[18]。次に、国家賠償法上の判決であるが、④熊本水俣病の申請者が、その申請処理が遅延したために焦燥、不安の気持を抱くことのない利益が侵害されたとして、国家賠償法に基づき慰謝料を請求したことについて、最高裁は、知事が認定業務を処理すべき者として通常期待される努力によって遅延を回避することができたかどうかが明らかではない等として、原告の請求を認めた原審を破棄差戻しした事案がある（最判平成３年４月26日民集45巻４号653頁）。

---

[17] 判決文中では触れられていないが、この判決で争われた作為義務については、条理に基づく作為義務のみならず、大学の在学契約に基づく作為義務とみる余地もあると考えられる。

[18] この作為義務についても、その根拠として、条理のみならず在学契約も考えられる。加藤・前掲注（９）152頁も、「この作為義務の根拠は、条理と解することができるが、在学契約とみる余地もある」と指摘する。

このように、ひとくちに条理に基づく作為義務といってもその事案は様々である。すなわち、①の事案は、被告の行為自体から危険が生じ、それが後になって、中間の原因をはさんで結果発生につながっているものである（その中間の原因―アルコールの販売先が客にアルコールを売ったこと―自体について被告は関与していない）。次に、②と③の事案は、不作為者が実行行為の現場に居たわけではないし、また、条理のみならず在学契約も関係し得るものである。そして、④の事案は、私人とは性質を異にする処分庁の不作為が問題となっている。このようにみると、本最高裁判決と強い関連性をもつのは、やはり昭和62年判決であると考えられる。

5　昭和62年判決

では、昭和62年判決についてみていこう。同判決の詳しい事案は以下の通りである。すなわち、被告は、中学校の友人Ａらと軌道敷に隣接している道路で雑談をしていた。そのとき、レール上に物を置くことに話がおよび、友人Ａが２つの軌道のレール上に拳大の石を置いた。友人Ａは被告らに置石行為をやめるように言われたが、置石をそのままにしたため、友人Ｂが一方の置石を取り除いた。しかし、友人Ｂは他方の置石には気がつかなかった（被告も認識していなかった）。その後、原告が所有する軌道上を進行してきた電車がレール上の石を踏み、脱線転覆したというものである。

この事実関係のもと、原審は、被告は、友人Ａのした置石を事前に認識しておらず、被告に、置石行為について共謀、助勢、容認して利用する意思は認められない、被告らの言動、認識が以上のようなものであれば、被告は、友人Ａの置石行為を予見すべきであったとはいえないと述べ、被告において置石行為を阻止ないし排除すべき義務があったとはいえないとした。これに対し、最高裁は以下のように述べ、原審を破棄差戻しした。すなわち、「重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、その実行行為者と右行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であつても、この者が、仲間の関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となった話合いをしたのみでなく、これに引き続いてされた実行行為の現場において、右行為を現に知り、事故の発生についても予見可能であつたといえるときには、右の者は、実行行為と関連する自己の右のような先行行為に基づく義務として、当該置石の存否を点検確認し、これがあるときにはその除去等事故回避のための措置を講ずる

ことが可能である限り、その措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負うものというべきであり、これを尽くさなかつたため事故が発生したときは、右事故により生じた損害を賠償すべき義務を負うものというべきである」とした。

最高裁は、被告が、被侵害法益が重大となり得る置石行為の動機となった話合いをして、さらに置石行為を現認し、事故発生の予見可能性があり、結果の回避が可能であれば、先行行為に基づく義務として結果発生を未然に防止する義務を負う旨を述べている。上記１及び３で見た作為義務の成立を認める根拠という視点から述べると、昭和62年判決では、置石の実行行為者と事前にその動機となった話合いをし、さらに置石行為の１つを現認していたことが作為義務成立のための根拠となっている[19][20]。つまり、このような「実行行為と関連する自己（被告）の右のような先行行為」から作為義務が導かれるのである。

ところで、判決文中の「先行行為」とはどのような意味であろうか。学説において先行行為という言葉が使われるとき念頭に置かれているのは、必ずしも常には明らかでないが、「自ら危険状態を招く作為をした」という状況であろう[21][22]。つまり、学説は、先行行為とは先行する危険行為だと理解しているということである。そうすると、昭和62年判決の事案は、学説が想定しているところの先行行為の事案に正確に当てはまるとは言い難いように思われる[23][24]。このことについて、昭和62年判決の評釈の中で、「『先行行為』の幅はかなり広くと

---

[19] 池田真朗「判批」法学セミナー 395号100頁、篠原・前掲注（16）202頁。

[20] 青野・前掲注（10）173頁は、昭和62年判決における作為義務を肯定する実質的根拠として、置石の実行行為者と事前にその動機となった話合いをしたことのみを挙げている。

[21] 池田・前掲注（19）100頁。

[22] 具体的な事案としては、本文中「４　本最高裁判決の先例」で紹介した①が先行行為の事案に該当すると考えられる。

[23] 中井美雄「判批」判時1306号204頁、209頁、篠原・前掲注（16）202頁。

[24] なお、橋本・前掲注（４）84 ～ 86頁は、昭和62年判決を危険源関連型の不作為不法行為に分類する。作為義務は「先行行為基準のもと、自らの先行行為によって直接に当該危険源を作出した者にも賦課される。」とした上で、昭和62年判決の場面がこれにあたるとし、「先行行為者は、自らの先行行為によって危険源を作出したことに対する責任として」、当該危険源を制御するように要請されると述べている。

らえられている事例ではないかと思われる」という指摘がなされている[25]。確かに、昭和62年判決における被告は置石行為の動機となった話合いに参加していたにすぎず、置石行為（実行行為）それ自体には参加していない以上、（学説が想定しているところの）先行行為をしたと評価することは困難であるように思われる。そうすると、昭和62年判決は先行行為という言葉を用いてはいるが、その中身は実行行為たる置石行為がなされた「状況」、及び、なされるに至った「状況」であり[26]、その状況全体を考慮し、被告を先行する危険行為をした者（先行行為者）と等置し得ると最高裁が判断したのだと考えられる[27]。つまり、昭和62年判決は、作為義務の実質的な根拠として、たとえ直接危険な行為をしていない者であっても、より広く、実行行為がなされた状況全体を考慮して、実行行為（置石行為）と密接な関係がある者について作為義務が成立し得ることを示した判決なのだと考えられる。この結論について、すなわち、直接危険な行為をしていない者に事故の責任を負わせるのは、被告にとって酷であるという評価もあり得る[28]。しかし、以下の点を考えると、別の評価も可能であろう。すなわち、まず、①置石による被侵害法益は極めて重大であり、被告はその危険な置石行為の動機となった事前の話合いにも参加している。この点について、

---

[25] 中井・前掲注（23）209頁。

[26] 加藤・前掲注（９）152頁は、本最高裁判決について、「『先行状況に基づく作為義務を措定することができるか』という問題に正面から取り組んだものである」と評価する。そして、本最高裁判決と昭和62年判決とが法理論上関連があると述べていることから、昭和62年判決についても、作為義務の根拠となる事実は「先行状況」を構成する事実であると考えていると思われる。また、前田陽一『債権各論Ⅱ　不法行為法（第２版）』（弘文堂、2010年）18頁も、作為義務の根拠の１つとして先行行為があることを述べ、昭和62年判決と本最高裁判決を紹介した後で、「『先行行為』というのはやや狭いニュアンスである」とし、先行状況をも含めた評価の問題と捉えるべきであるとする。

[27] 篠原・前掲注（16）202 ～ 203頁は、昭和62年判決の被告について、「先行する危険行為と評価するには多少微妙な点もあるが、置石という危険な実行行為に限りなく密着した位置・状況にあって、『一定ノ作為ニ因リテ損害ヲ生ジ得ベキ危険状態ヲ惹起シタル者』、あるいはこれと等置し得べき者と見ることが可能であ」るとする。

[28] 澤井・前掲注（３）84頁は、昭和62年判決の「趣旨は正しいが、結論は当該中学生にはやや酷と思われる」とする。

最高裁は、被告が「仲間の関係にある実行行為者と」話合いをしていたことを指摘している。このことから、最高裁は、被告は単に置石行為のきっかけに関与していたというのみならず置石行為が行われる流れを形成したと評価したのではないかと考えられる。また、②被告は、置石行為がなされた現場におり、置石の１つを現認しているため置石行為に密着しているといえる。そして、③要求される作為義務が置石の存否を点検し、除去するのが可能であれば置石を除去するという容易な内容であることを併せて考えると、昭和62年判決の結論は必ずしも酷であるとはいえない。

６　本最高裁判決の検討

では、本最高裁判決がいかなる判断をしたのかを検討しよう。本最高裁判決における法廷意見と反対意見の判断については、すでに述べた通りである[29]。以下では、まず、昭和62年判決と本最高裁判決において、なぜ結論が分かれたのかを検討する。その後、本最高裁判決の法廷意見と反対意見において、なぜ結論が分かれたのかを検討する。この作業を通して、本最高裁判決の立場を明らかにすることを試みる。

（１）昭和62年判決と本最高裁判決

昭和62年判決と本最高裁判決の事案が類似していると考えられることは、すでに述べた通りである[30]。すなわち、どちらの事案においても、被告は、実行行為に参加していないものの実行行為者と関係を有しており、また、実行行為と近い位置、関係にあった。しかし、結論において、昭和62年判決は被告の責任を肯定し得ることを示唆しており、本最高裁判決は被告の責任を否定している。なぜ、二つの最高裁判決の判断は分かれたのだろうか。

この点について、本最高裁判決の先行評釈には、以下のような見解がある。すなわち、①「結論が違ったのは、Ｙら〔本最高裁判決における被告ら〕が〔加害少年らを〕恐れていることを重視したからか。」（〔 〕内は引用者による）とするもの[31]、②Ｙらを加害少年らの仲間とみるか否かの差異によるものであった

[29] 上記「２　本件の争点」参照。
[30] 上記「３　先行評釈」参照。
[31] 高田・前掲注（８）114頁。

とするもの[32]、③昭和62年判決の事案においては、被告が置石行為の動機となった話合いをしていたが、本最高裁判決の事案においては、そのようなことはなかったこと、さらに、作為者が不作為者を圧倒する影響力を有していた点が昭和62年判決の事案とは異なるとするものがある[33]。これらをまとめると、本最高裁判決の事案において、Yらは加害少年らと仲間関係あるいは事前の関係がなかったということや、Yらは加害少年らに恐怖心を抱いていたということが昭和62年判決の事案と異なり、それが結論の違いに影響を与えたということになる。以下では、先行評釈の指摘を踏まえ、これらの要素が条理に基づく作為義務の成否に関する最高裁の判断枠組みの中でどのような意味を持つのかを検討する。そして、それを踏まえて昭和62年判決と本最高裁判決の判断が分かれた理由を検討することにする。

上記５において述べた通り、昭和62年判決は、たとえ直接危険な行為をしていない者であっても、実行行為がなされた状況全体を考慮して、実行行為と密接な関係がある者について作為義務が成立し得るという立場であると考えられる。そうすると、本最高裁判決を検討するにあたっては、Yらと実行行為（加害少年らによる暴行）との間に、昭和62年判決における被告と置石行為との間にあったような、密接な関係が存在しているかどうかを確認しなければならない。以下では、この点を検討する。

本最高裁判決の事案において、Yらは暴行現場に赴き、加害少年らによる暴行中現場に居続けていた。そして、Y3は、加害少年Bが暴行を正当化する口実のための質問に対する回答として本件発言をしている。さらに、Yらは本件暴行後Cの指示により本件移動行為を行っている。以上のことから、Yらと実行行為との間には一定の関係性があるといえる。しかし､以下の諸事情から、Yらに作為義務を認めるほどまで、Yらと実行行為との間に密接性があると考えることは困難であるように思われる。まず、Yらは本件暴行の実行行為やその共謀に加わっていない。つまり、Yらは、本件暴行がなされるきっかけないしは流れを実行行為者とともに形成しているという事情がない。上記先行評釈の指摘②、③はこのことを述べているものと思われる[34]。また、Yらは暴行現

[32] 加藤・前掲注（９）152頁。
[33] 青野・前掲注（10）173頁。
[34] 先行評釈の指摘②はその表現の仕方から考えると、ここで指摘したYらと加

場に赴いたが、その現場に到着するまでＹらは暴行が行われていることを認識していなかった。そして、Ｙらは暴行現場に居続けていたが、これは、加害少年らに対する恐怖心があったからである。加えて、Ｙらが本件移動行為を行ったのも、加害少年らに対する恐怖心があったためである。これらを考慮すると、たしかに客観的にみればＹらと実行行為との関係性は否定できないが、その関係性があるのは、Ｙらが加害少年らに対する恐怖心に支配されていたからであるといえ、このことについてＹらを非難することは酷であると思われる。さらに、Ｙらは恐怖心があったのだから、本件暴行を制止する等の行動を執ることは極めて困難であると考えられる。Ｙらは作為義務の内容を実現することができない以上、やはり、Ｙらの作為義務を肯定することは難しい。以上の諸点が昭和62年判決の事案と異なっており[35]、これらの相違点を理由として、本最高裁判決は、Ｙらと本件暴行との間に昭和62年判決におけるのと同じような密接性は認められないと判断し、Ｙらの作為義務を否定したのだと考えられる[36]。

害少年らとの事前の関係がないことのみならず、実行行為の最中の状況、たとえば加害少年らに対する恐れの点についても関係しうることを指摘するものであろうか。

[35] 本最高裁判決の事案の特徴と対比させて昭和62年判決の事案の特徴を示すと次のようになる。すなわち、昭和62年判決の事案では、①被告が置石行為の動機となった話合いに参加しており置石行為がなされたきっかけないしは流れを形成することに関与していた、また、②被告は自由な意思に基づいて行動でき（実行行為者と仲間関係にあった）、そして、③被告置石の点検確認・除去という作為義務の内容を果たすことが容易であった。

[36] 本稿が考える不作為者と実行行為との「密接性」を判断する要素としては以下のものがあり得る。すなわち、①実行行為がなされるに至ったきっかけないしは流れに関与していたか（事前の状況）と、②実行行為がなされている最中の状況と、③実行行為がなされてから損害が発生するまでの間の状況（昭和62年判決の事案でいうと、置石行為がなされてから電車が脱線転覆するまでの間の状況）である。すなわち、最高裁は、実行行為の最中及び前後の状況を併せて検討し、作為義務が成立するかを検討していると考えるのが本稿の見解である。本文中「６（１）昭和62年判決と本最高裁判決」に掲げた各先行評釈による指摘①②③は、いずれも本稿の見解の一局面に対応するものと思われる。各先行評釈による指摘は、たしかに、最高裁の立場を考える上で重要な考慮要素に

（2）法廷意見と反対意見の相違点

本件では、なぜ法廷意見に対し反対意見がだされたのであろうか。法廷意見と反対意見の違いはすでに述べた通りである[37]。反対意見は、Yらが本件暴行現場に居続けたことと本件移動行為をしたことを理由として、Yらは加害少年らが立ち去った後に関係機関に通報する義務を負うとした。一見すると法廷意見と反対意見は真っ向から対立しているようだが、判断枠組みには違いがないのではないかと考えられる。以下、この点について、反対意見が、①加害少年らによる後日の仕返しの対応について述べていること、②Yらが負う責任は、Aが受傷直後に放置されて救急医療を受けられなかったことによる精神的苦痛を慰謝するための損害賠償責任だとし、本件における損害を限定的に考えていると思われること、③Yらが関係機関に通報すること自体は容易であると指摘していることを手がかりとして敷衍する。

反対意見も法廷意見と同様に、Yらは本件現場に居続け本件移動行為も行ったのだからYらと実行行為との関係性を否定できないものの、Yらには恐怖心があったため、Yらと実行行為との間には弱い関係性しか認められないと判断した。そのため、反対意見は、作為義務のYらが本件暴行を制止する等のいわば強度の作為義務を課することはできないとした。しかし、反対意見は、Yらと実行行為の関係性と、作為義務を課すことによるYらのリスクや、本件暴行により侵害された法益あるいは生じた損害、作為義務の内容を相関的に判断し、Aを救護するため関係機関に通報することを内容とする作為義務ならば肯定できると考えたのではなかろうか。

Yらに作為義務を課すことによるYらのリスクについては、たとえば、Yらが暴行を制止しようとした場合、加害少年らによる暴力の矛先がYらに向けられる危険性（リスク）を考えることができる。このリスクを考えると、Yらに暴行を制止する等の作為義務を課すのは酷であるという判断につながる。なお、反対意見はこのことについて何も述べていない。しかし、反対意見は、通報義務について判断する際に、通報したことで起こりうる加害少年らによる

なっていると考えられる。しかし、本最高裁判決と昭和62年判決とが異なる結論にいたった理由として、各指摘単独で説明するのは困難であるように思われる。

[37] 上記「2　本件の争点」参照。

後日の仕返しへの対応について言及している。このことから、作為義務の成否について、作為義務の内容を実現する際のリスクが考慮要素の１つになっているといえる。このリスクを考えると、本件において、作為義務を否定すべきであると考えることもできる。しかし、加害少年らが現場から去った後ならば、関係機関に通報すること自体は容易である。また、通報することに伴うリスクにＹらが対応することが可能であり、リスクに対応することをＹらに期待できるのであれば、Ｙらが作為義務の内容を実現する障害はないため、通報を内容とする作為義務を肯定することは正当化できる。そして、被侵害法益を限定的に解するならば、Ｙらと実行行為との関係性は弱いものであっても、Ｙらと実行行為との関係性とＹらに課される責任の相関判断から、作為義務を肯定することができると反対意見は考えたのだと思われる[38]。

他方、法廷意見においても、Ｙらが現場に赴いた事情やＹらと加害少年らとの関係に触れた上で、「Ｙらに A が死ぬかもしれないという認識があったとしても、そのことから直ちに、Ｙらに加害少年らからの仕返しの恐れを克服して A を救護するための措置を執るべき法的義務があったとまではいえない」（下線は引用者による）としている。この部分は、仮に、仕返しの恐れ―作為義務を課すことによるＹらのリスク―がないのであれば、Ｙらの作為義務を認めることがあり得る、というように読める。法廷意見が作為義務を否定した判断の背後には、このリスクの考慮もあったのだと思われる。また、法廷意見も反対意見と同じように、被侵害法益を限定的に解することで、Ｙらと実行行為との関係性が弱いものであっても、Ｙらに作為義務が成立し得ると考えていたのではなかろうか。なぜなら、法廷意見は、Ｙらの本件暴行を制止する義務を認めなかったにもかかわらず、上記引用部分において、本件暴行後に A を救護するための措置を執る義務については認めることがあり得ると読める表現をしているからである。

[38] 作為義務成否の判断については、不作為者と実行行為との間に密接な関係があるか否かが、まず重要になる。しかし、この密接性から直ちに作為義務成否についての結論が導かれるのではなく、密接性の強弱と、作為義務の内容、作為義務が課されることによる不作為者のリスク、そして、課される責任の重さとを相関的に判断して、作為義務の成否が検討されているものと考えられる。反対意見は、Yらと実行行為との関係が弱くても、軽度の作為義務ならばＹらに課すことができると考えたのだと思われる。

以上のように、法廷意見と反対意見は同じ判断枠組みを用いていると思われるが、結論においては、判断が分かれている。結論が分かれた理由は、本件事案の下で、作為義務を課すことによるYらのリスクについて、どのように評価するかが異なったことにあると考えられる。すなわち、法廷意見は、本件事案において、Yらは、恐怖心があったために、加害少年らからの仕返しの恐れを克服するための措置、換言すると、作為義務を課すことによるリスクに対処する措置を執ることはできないと評価した。他方で、反対意見は、Yらは、作為義務を課すことによるリスクは否定できないものの、警察等の保護を得ることにより、そのリスクに対処する措置を執ることができたはずだと評価した。この具体的事案の評価について、法廷意見と反対意見が分かれたのだと考えられる[39]。

7　本最高裁判決以降の類似事案

本最高裁判決以降に現れた類似事例として、名古屋地判平成21年2月18日（判タ1329号189頁。以下、「名古屋地裁判決」という。）がある。事案は、A（当時17歳）が、C女との交際をめぐってB（当時20歳）から場所を移動しつつ行われた3度の暴行により死亡したことについて、原告ら（Aの両親）が、Bの友人でBによる各暴行の現場にいた被告に対し、共同不法行為または信義則上Bの暴行を止めるべき義務の不履行による損害賠償を請求したものである。

名古屋地裁は、次の点を考慮して、被告のBの暴行を止める義務を肯定した。まず、①本件の暴行以前に、Bが被告に、「ふざけたやつがいる、殴ったほうがいいのか、殴らないほうがいいのか」と相談したときに、被告は殴ったほうがいいと述べた。すなわち、被告は、まだ迷っていたBのAへの暴行の意思を強める発言をした。次に、②Bは1度目の暴行の際に、履いていたサンダルの鼻緒が取れてしまったためこれでは思い切りAを暴行できないと考え、

[39] 加藤・前掲注（9）152頁は、法廷意見と反対意見の異同について、「作為（通報）を義務付けることによる自己のリスクの増大と法益の重大性・保護の緊急性（要保護状態の高度性）とのバランシングの差異によるものであったとみられる」とする。この立場は、法廷意見と反対意見の結論が分かれたのは、作為義務を課すことによるYらのリスクについて、具体的事案の評価が異なったことが理由であり、判断枠組みは同じであると考える本稿の立場とは異なっていると思われる。

２度目の暴行現場に移動中に、被告から革靴を借り、そして、Ｂは２度目の暴行で革靴を履いた足でＡを蹴るなどの暴行をした。すなわち、被告は、ＢのＡへの暴行を容易にした。そして、③被告とＢとは、友人として対等の関係にあり、被告がＢの暴行を止めるについて、障害となる事実は認められない。以上の点を指摘した上で、名古屋地裁は、被告は、自分の行為によってＢの暴行が容易になり、現に執拗かつ激しい暴行が行われていることを認識していたのだから、信義則上、少なくとも２度目の暴行以降、Ａの生命に危険が及ばないように、Ｂの暴行を止めるべき法的義務があったとした。

名古屋地裁判決は、作為義務の成否を判断する上で、実行行為がなされるに至った状況（事前の状況）と、実行行為の最中の状況とを併せて検討している。すなわち、上記①における発言と上記②における被告の行為についての名古屋地裁判決による指摘は、実行行為がなされるに至ったきっかけないしは流れに関与していたかの判断に関係する。また、「現に執拗かつ激しい暴行が行われていることを認識して」いたことの指摘は、被告が暴行現場に居たことを含めた、実行行為の最中における被告と実行行為との密接性の判断に関係する。そして、上記③における指摘は、作為義務を課すことによる被告のリスクの判断に関係する。このように、名古屋地裁判決は、実行行為がなされた状況全体から被告と実行行為との密接性を検討し、そして、その密接性と作為義務を課すことによる被告のリスクとを併せて作為義務成否の判断をしている。この判断枠組みは、本稿が示した昭和62年判決及び本最高裁判決の判断枠組みを用いて説明することができる。

昭和62年判決及び本最高裁判決を前提とすると、結論として、名古屋地裁判決が被告の不法行為責任を認めたことは妥当であると考えられる。まず、被告はＢの暴行を助長するような発言を事前にしており、暴行現場にも居た。また、被告は革靴をＢに貸して暴行を容易にした。そして、被告はＢと仲間関係にあり、本最高裁判決のＹらにあったような、作為義務を課することによるリスクがない。以上の諸点から、被告は、昭和62年判決の被告と同様あるいはそれ以上に実行行為に密接しており、また、作為義務を課することによるリスクもないため、作為義務が成立すると考えられるからである。

執筆者紹介（掲載順）

水野浩二　北海道大学大学院法学研究科教授

高見勝利　北海道大学大学院法学研究科名誉教授

王貴松　中国人民大学法学院副教授

松井直之　愛知大学大学院法務研究科准教授

小島慎司　東京大学大学院法学政治学研究科准教授

瀧本京太朗　札幌学院大学法学部講師

橘井雄太　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程

平成29年９月22日　印　刷
平成29年９月29日　発　行

編集人　田口正樹

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
加藤智章

印　刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 68 September 2017 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

Taisho Revision of Civil Procedure Code (1926): towards "mitigated" *ex officio* prooftaking and examination of party witness ····· Koji MIZUNO 1

SYMPOSIUM

Constitutional Polity, Human Rights, Judical Review — Note on "the Gist of the Meiji Costitution" by Kanamori Tokujiro ····· Katsutoshi TAKAMI 188[1]

On the Transplantation and Transmutation of Administration by Congress' Laws Doctrine in China ····· Guisong WANG 162[27]
Translated by Naoyuki MATSUI

La réception de la théorie française de la personnalité morale au Japon ····· Shinji KOJIMA 136[53]

NOTE

Über die Kriminalisierung des „Selfies" in bezug auf die Kinderpornographie (1) ····· Kyotaro TAKIMOTO 118[71]

CASE NOTE

Note on Civil Law Case ····· Yuta KITSUI 62[127]

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan